Die Rechtsnatur des Verfolgungsrechts des Verkäufers in der Insolvenz des Käufers im Rahmen der englischen, französischen und deutschen Rechtsordnung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer

Hohen Juristischen Fakultät der Philipps-Universität Marburg

vorgelegt von

H. Cornils

Referendar

aus Altona-Bahrenfeld

Marburg (Lahn)

Buchdruckerei Franz Fischer, Kugelgasse 1 (am Kalbstor)

1928

Von der Juristischen Fakultät der Universität Marburg als Dissertation angenommen am 21. Dezember 1927.

Berichterstatter: Professor Dr. Edm. Mezger.

Gedruckt mit Genehmigung der Fakultät

Helli gewidmet

Inhalt.

Literatur-Verzeichnis.

I. Für das englische Recht.

Abbott, Charles, A Treatise of the Law relative to Merchant Ships and Seamen. London 1804.

Blackburn, Colin, A Treatise on the effect of the Contract of Sale. London 1845.

Blackstone, William, Commentaries on the Laws of England, 6th ed. London.

Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. VIII S. 239 f.

Güterbock, Carl, Henricus de Bracton und sein Verhältnis zum Römischen Recht. Berlin 1862.

— —, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. II S. 34 f.

Houston, John, A Treatise on the Law of stoppage in Transitu. London 1866.

Schuster, Ernst, Die Bürgerliche Rechtspflege in England. Berlin 1887.

Smith and Watts, Compendium of Mercantile Law, 12 ed. London 1924.

Stephen, Henry John, New Commentaries on the Laws of England 2nd edition. London 1848.

Silberstein, H., Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 81 S. 289 f.

Voigt, Ueber das Verfolgungsrecht des Absenders im Falle der Insolvenz des Bestellers, Neues Archiv für Handelsrecht Bd. III S. 249 f. Hamburg 1862 Bd. 4.

II. Für das französische Recht.

Crome, Die Grundlehren des französischen Obligationenrechts. Mannheim 1894.

Fremery, A., Etudes de Droit Commercial. Paris 1833.

Goldschmidt, L., Handbuch des Handelsrechts. Erlangen 1864.

Lyon-Caen et Renault, Manuel de Droit Commercial, 7. éd. Paris 1904.

— —, Traité de Droit Commercial Bd. 7 u. 8. Paris 1914, 1916.

Planiol, Traité élémentaire de Droit civil, Bd. 1—3, 9. u. 10. Ausgabe. Paris 1923—1925.

Pardessus, Cours de droit commercial Bd. 1—3. Brüssel 1842.

Pothier, Du contrat de vente. Paris 1806.

Sirey, J., Code de Commerce. Paris 1910, 2 Bände, 4. Ausgabe.

Sirey u. Gilbert, Kommentar zum Code civil, Bd. IV, Paris 1911—1920.

Troplong, Des Privilèges et Hypothèques. Brüssel 1844, Bd. I u. II.

Wibaux, Alfonse, De la revendication en matière de Faillite et de Liquidation Judiciaire, Thèse pour le doctorat. Roubaix 1896.

Voigt, Neues Archiv für Handelsrecht Bd. III u. IV.

Zachariae-Crome, Handbuch des französischen Civilrechts, 2. u. 3. Band, 8. Auflage. Freiburg i. Br. 1895.

III. Für das deutsche Recht.

Adler, Karl, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 86 S. 273 f.
Boyens-Lewis, Das Deutsche Seerecht. Leipzig 1901.
Dernburg, Die Allgemeinen Lehren und das Sachenrecht des Privatrechts Preußens und des Reichs, 4. Auflage. Halle 1884.
Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Band, 2. Auflage. Mannheim und Leipzig 1913.
Eisenlohr, Th. Ed., Ueber die rechtliche Natur des Verfolgungsrechts und dessen Verhältnis zum Rechte des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches. Hamburg 1867.
Fitting, Das Reichskonkursrecht und Konkursverfahren 3. Auflage. Berlin 1904.
Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht I. Bd. 6. Auflage. Berlin 1892.
Gierke, Deutsches Privatrecht Sachenrecht Bd. II. Leipzig 1905.
Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. Erlangen 1864.
— —, Ueber den Erwerb dinglicher Rechte von dem Nichteigentümer und die Beschränkung der dinglichen Rechtsverfolgung, insbesondere nach handelsrechtlichen Grundsätzen. Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 8 S. 225 f.
Hahn, C., Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Berlin 1881, Materialien zur Konkursordnung Bd. 4.
Hellmann, Friedr., Lehrbuch des deutschen Konkursrechts, Berlin 1907.
Jaeger, Ernst, Kommentar zur Konkursordnung, 5. Auflage, 1. Bd., Berlin 1916.
— —, Konkursrecht, Berlin 1924.
Kohler, J., Lehrbuch des Konkursrechts, Stuttgart 1891.
— —, Leitfaden des deutschen Konkursrechts, 2. Aufl., Stuttgart 1903.
Meili, F., Lehrbuch des internat. Konkursrechts, Zürich 1909.
Mentzel, Kommentar zur Reichskonkursordnung, 2. Aufl., 1926.
Meyer, Martin, Die rechtliche Stellung des Spediteurs gegenüber dem Verfolgungsrechte des Verkäufers oder Einkaufskommissionärs aus § 44 der KO. Dissertation, Leipzig 1909.
Mitteis, Heinrich, Rechtsfolgen des Leistungsverzuges beim Kaufvertrag nach niederländischen Quellen des Mittelalters. Heidelberg 1913, Deutschrechtliche Beiträge Bd. 8.
Oetker, Friedr., Das Verfolgungsrecht (right of stoppage in transitu) nach § 36 der Reichskonkursordnung. Kassel 1883.
Pappenheim, Max, Handbuch des Seerechts, Schuldverhältnisse des Seerechts II, 3. Bd. München u. Leipzig 1918.
Petersen-Kleinfeller, Konkursordnung für das Deutsche Reich, 4. Aufl. Lahr 1900.
Pott, Gerhard, Das Verfolgungsrecht in seinem Verhältnis zu den Wirkungen des Frachtbriefes, Frachtbriefduplikats, Konnossements und Ladescheins. Leipziger Diss. 1910.
Seuffert, Lothar, Deutsches Konkurs-Prozeßrecht Leipzig 1899.

Schap, Das Deutsche Seerecht, Kommentar zum 4. Buch des HGB. Berlin 1906.

Siegert, Carl, Rechtsnatur und Wirkungen des Rückforderungsrechts (Verfolgungsrechts) nach § 44 der Reichskonkursordnung, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 88 S. 277 f.

Silberstein, H., Das Verfolgungsrecht des Verkäufers im Insolvenzfalle des Käufers, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 81 S. 70 f., 289 f.

Sydow, Busch u. Krieg, Konkursordnung. Berlin 1926.

v. Sarwey-Bossert, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich, 4. Aufl. 1901.

Staub-Könige, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 12. u. 13. Aufl., 4. Bd. Berlin und Leipzig 1927.

Voigt, Ueber das Verfolgungsrecht des Absenders im Falle der Insolvenz des Bestellers, Neues Archiv für Handelsrecht, Bd. III S. 249—343, Hamburg 1862 Bd. 4.

v. Wilmowski, Deutsche Reichskonkursordnung. Berlin 1896.

A. Einleitung.

Es ist ein in den Rechtsordnungen aller Kulturstaaten[1]) anerkannter legislatorischer Gedanke, daß der unbezahlte oder nur teilweise bezahlte Verkäufer eine Sicherheit in seiner bereits abgesandten Ware dann haben muß, wenn während des transitus der Käufer einen Vermögenszusammenbruch erleidet. Er beruht auf folgenden Erwägungen: der Kaufvertrag ist der typisch gegenseitige Vertrag; der Verkäufer gibt die Ware nur gegen Austausch des Kaufpreises; dieser ist das Äquivalent für die Ware. Ist der Verkäufer zwar nicht vertraglich und rechtlich, wohl aber aus kaufmännischen Rücksichten gegen seinen Kunden zur Vorleistung veranlaßt, so wäre es unbillig, wenn er in einem Konkurse seines Käufers nur gewöhnlicher Konkursgläubiger würde; denn die faktische Vorleistung und damit der Verzicht auf das Recht der Zug-um-Zugleistung[2]) wurde nur unter der Voraussetzung gemacht, daß der Käufer zahlungsfähig ist. Aber selbst wenn er vertraglich zur Vorleistung verpflichtet ist, wäre eine Beschränkung auf die Konkursdividende unbillig, da ihm in einem solchen Fall ein Leistungsverweigerungsrecht[3]) zusteht, das er nur deswegen nicht ausgeübt hat, weil er von dem Vermögenszusammenbruch seines Käufers nichts wußte. Ist also grundsätzlich eine Zurückforderung der unbezahlten Waren gerechtfertigt, so muß auf der anderen Seite erwogen werden, daß durch ein solches Recht die übrigen Gläubiger des Käufers geschädigt werden könnten, die diesem vielleicht gerade mit Rücksicht auf den großen Warenbestand Kredite bewilligt haben und bei der Liquidation sich getäuscht sehen, wenn die Warenbestände von den Verkäufern zurückgefordert

1) Zuletzt in Oesterreich; Jäger, Kom. § 44 S. 34, Konkursrecht (1924) S. 74 Anm. 3.

2) BGB § 320, code civil art. 1612, Sale of Goods Act sect. 28.

3) BGB § 321, code civil art. 1613, Sale of Goods Act sect. 41 (1), Smith S. 727.

werden können. Im Interesse des Handels, dessen Grundlage die richtige Beurteilungsmöglichkeit der Kreditwürdigkeit einer Person ist, liegt es also, wenn dieses Zurückforderungsrecht nur für die Waren besteht, die sich entweder während des Vermögenszusammenbruchs auf dem transitus befinden oder erst nach der Konkurseröffnung in den Gewahrsam des Konkursverwalters gelangt sind.

Es ist nun interessant festzustellen, welche rechtstechnische Gestalt diese legislatorischen Erwägungen in den verschiedenen Rechtsordnungen gefunden haben. Das Rechtsinstitut, dem sie zu Grunde liegen, wird im englischen Recht right of stoppage in transitu, im französischen Recht revendication, im deutschen Recht Verfolgungs- oder besser Zurückforderungsrecht genannt. Gegenstand dieser Abhandlung ist es nun, die rechtliche Natur dieser drei Rechte zu untersuchen. Hierzu ist notwendig, die geschichtliche Entwicklung des Rechtsinstituts darzustellen, um dann erst eine Erklärung seiner Rechtsnatur von der ihm zugehörigen und augenblicklich geltenden Rechtsordnung aus zu geben. Die Untersuchung wird zeigen, daß die Rechtsnatur dieser drei Rechte durchaus nicht dieselbe ist, wenn auch die Voraussetzungen und Wirkungen teilweise übereinstimmen. Der Grund ist in der andersartigen Struktur der Rechtsordnungen zu finden.

Die Untersuchung wird mit dem right of stoppage beginnen, da seine Entwicklung am stetigsten verlaufen ist. Es wird dann die revendication behandelt und als letztes das deutsche Verfolgungsrecht, wobei der Nachweis geführt werden soll, daß die Rechtsnatur des deutschen Verfolgungsrechts eine durchaus andere ist als die der beiden anderen Rechte und auch als die seiner deutschen Vorgänger.

B. Hauptteil.

I. Das englische Verfolgungsrecht.
(Right of stoppage in transitu)

§ 1. Geschichte.

Es finden sich in der englischen Literatur nur wenige längere Ausführungen über den Ursprung und die geschichtliche Entwicklung des right of stoppage. Die Courts of Equity hielten es für ein Rechtsinstitut, das auf den Prinzipien des strengen und alten Rechts des common law beruhte, während umgekehrt die Courts of Law es für ein in das common law aufgenommenes Billigkeitsrecht hielten[1]). Lord Abinger gibt in einem Urteil von 1841 einen Rückblick auf die geschichtliche Entwicklung des right of stoppage: Der Präzedenzfall des r. of st. wurde erst im Jahre 1690 entschieden (Wiseman v. Vandeput). Das Rechtsinstitut war damals noch nicht ins common law aufgenommen; das Urteil beruhte auf Billigkeitsgrundsätzen. Spätere Urteile, die das r. of st. ebenfalls anerkennen, ergehen auf Grund des Handelsgewohnheitsrechts, dem das Rechtsinstitut angehören soll. Lord Abinger weist dann nach, daß das Rechtsinstitut in allen handeltreibenden Staaten Europas anerkannt ist, und daß es auch in England ursprünglich ein Handelsgewohnheitsrecht war, aber seit langem schon Bestandteil des common law geworden ist[2]).

---

1) Nach Lord Abinger (1841) bei Blackburn S. 204—206. — Vergl. auch Smith S. 769 Anm. a und S. 770 Anm. e —, dessen Darstellungen Blackburn aber nicht ganz ohne Kritik gegenübertritt (S. 206 ff.). Siehe darüber S. 4.

2) Bei Blackburn S. 206 "It may, therefore, be presumed to be a part of the law of merchants, wihch prevails generally on the continent: the proof of which from time to time, combined with its manifest justice and utility, has at length introduced it into the common law of England, of which the law merchant properly understood has always been reckoned to form a part".

Diese Ausführungen werden von Blackburn[1]) bestätigt, der jedoch die Aufnahme des Rechtsinstituts in das common law schon vor dem Präzedenzfall für vollzogen hält. Es ist ein dunkler Punkt in der englischen Rechtsgeschichte, sagt er, wann und wieweit das allgemeine Handelsrecht, d. h. das internationale Handelsgewohnheitsrecht, Bestandteil des common law geworden ist. Wenn das Rechtsinstitut auch schon lange in England bestanden hat, so ist es doch ursprünglich nur ein Sonderrecht der Kaufleute gewesen, das nur in den Courts of Stapel (Stapelgerichtshöfen) angewandt wurde. Hierin ist auch der Grund zu finden, daß es in den Rechtsbüchern des common law nicht dargestellt wurde. Erst mit der Auflösung dieser Sondergerichtshöfe wurden die Handelsgewohnheitsrechtssätze, die von dem common law abwichen, von ihm aufgenommen, soweit sie sich bewährt hatten. Die Zeit der Aufnahme ist nicht festzustellen. Sicher ist nach Lord Abinger und Blackburn, daß das Rechtsinstitut von dem internationalen Handelsgewohnheitsrecht in das engl. Recht eingedrungen ist und daß es also auf dem Continent ausgebildet wurde, ebenso wie die rei vindicatio, die auch erst seit 1690 in den engl. Rechtsbüchern erwähnt wird[2]).

Die Ausführungen dieser beiden Autoren werden berichtigt und ergänzt durch die Forschungen eines deutschen Schriftstellers über das engl. Recht zur Zeit des Bracton (13. Jahrhundert)[3]). Er weist nach, daß zu Beginn der Entwicklung das Verkehrsrecht eine nur geringe Bedeutung hatte[4]). Im Mittelpunkt des Gesellschafts- und Wirtschaftslebens stand der Grundbesitz. Die Rechte an ihm wurden ausgebildet und trugen einen nationalen Charakter[5]); sie bildeten den Kern des common law. Erst mit dem Emporkommen der Tauschwirtschaft machte sich die Notwendigkeit eines Verkehrsrechts geltend. Man übernahm die bereits auf dem Festlande, insbesondere in den ital. Stadtstaaten herrschenden römischen

---

1) Blackburn S. 207 f.

2) Blackburn S. 208.

3) Carl Güterbock, Henricus de Bracton und sein Verhältnis zum römischen Recht, 1862.

4) Güterbock S. 106.

5) Güterbock S. 56; Goldschmidt, Z. f. HR. Bd. VIII S. 239 f.

Rechtsprinzipien. Insbesondere galten die Rechtsnormen über den Kaufvertrag auch im englischen Verkehrsrecht; sie wurden jedoch den engl. Rechtsanschauungen angepaßt und so Bestandteil des common law[1]). Während jedoch im römischen Recht das Eigentum an einer gegen bar verkauften Sache erst mit der Zahlung des Kaufpreises überging[2]), dem unbezahlten Verkäufer also auch dann noch die rei vindicatio verblieb, wenn die Sache bereits im Besitz des Käufers war, folgt das engl. Recht eigenen Prinzipien, wonach in einem solchen Fall der Eigentumsübergang beendigt ist und der Verkäufer nur eine Forderung gegen den Käufer behält[3]). Es galten die römischrechtlichen Grundsätze nur insoweit als der Käufer erst dann „Volleigentümer" wurde, wenn er den tatsächlichen Besitz erlangt hatte; bis zu diesem Augenblick hatte der unbezahlte Verkäufer noch ein Recht an der Sache, selbst wenn er sie nicht mehr besaß. Charakteristisch für das right of stoppage ist es nun, daß es nur solange ausgeübt werden kann, als die Waren sich im transitus befinden, daß es also endigt, wenn der Käufer den unmittelbaren Besitz erlangt hat. Diese Voraussetzung, die während seiner ganzen Entwicklung bestanden hat, läßt darauf schließen, daß es auf den Rechtsprinzipien des common law über den Eigentumsübergang an beweglichen Sachen beim Kauf, so wie sie unter Modifikationen vom römischen Recht übernommen worden sind, beruht.

In späteren Urteilen wird dann auch anerkannt, daß es auf den Prinzipien des common law beruht[4]). Die Annahme in den ersten Entscheidungen im 17. und 18. Jahrhundert, daß es ein Equity-Recht sei, ist damit zu erklären, daß das Rechtsinstitut vor dem Präzedenzfall von 1690 nur in den Sondergerichtshöfen (Courts of Stapel) angewandt wurde, womit keineswegs bewiesen ist, daß es ein Billigkeitsrecht war, sondern nur die Tatsache, daß das Handelsrecht die römischrechtlichen Prinzipien über den Eigentumsübergang beim Kauf zuerst übernommen und in das engl. Recht einge-

1) Güterbock S. 109 ff., S. 32.
2) 1. 19 D. de contr. emt. 18, 1.
3) Nachweise bei Güterbock, ferner S. 7—10, insbes. S. 9 u. 10.
4) Houston S. 3 (unten S. 11 Anm. 5), S. 150.

führt hat. Erst am Ende des vorigen Jahrhunderts wurde das Rechtsinstitut, so wie es sich durch die Rechtsprechung der letzten Jahrhunderte entwickelt hatte, durch die Sale of Goods Act von 1893 in das statute law aufgenommen[1]).

§ 2. Rechtsnatur.

Die rechtliche Natur dieses Rechts ist von jeher die gleiche gewesen. Es ist kein Privileg des unbezahlten Verkäufers, sondern beruht auf seinem Eigentum, das solange besteht, als er den Kaufpreis noch nicht erhalten hat und als der Käufer noch nicht mit Willen des Verkäufers den tatsächlichen Besitz erlangt hat. Deswegen ist der Ausspruch Lord Henley's[2]), der Grund des right of stoppage sei der: "that the goods of one man should not be applied in payment of another man's debts" wörtlich zu nehmen, denn die Waren gehören noch dem Verkäufer.

Diese Behauptung scheint im Widerspruch zu stehen mit den Bestimmungen der art. 16—18 der Sale of Goods Act[3]), wonach beim Kaufvertrag das Eigentum schon mit der Perfektion des Vertrages übergeht, also bei Speziessachen (ascertained goods) mit Abschluß des Vertrages, bei Gattungssachen (unascertained goods) mit der Bestimmung, in der Regel also durch Uebergabe an die Transportperson. Dieser Widerspruch ist nur ein scheinbarer und beruht darauf, daß der Eigentumsbegriff des engl. Rechts ein anderer ist als der des deutschen Rechts. Zum Nachweis der oben aufgestellten Behauptung ist es deswegen notwendig, den Eigentumsbegriff des engl. Rechts darzustellen und daran anschließend nachzuweisen, wie sehr im engl. Recht Leistung und Gegenleistung voneinander abhängig sind, sodaß der Eigentumsübergang erst mit der Zahlung des Kaufpreises erfolgt, solange der Käufer noch nicht den unmittelbaren Besitz erlangt hat.

Das engl. Recht kennt nicht die scharfe Trennung der obligatorischen und dinglichen Rechte[4]), die für unsere Rechts-

1) Sect. 44—48; Smith S. 769 ff.; Uebersetzung bei Silberstein, Z. f. HR., Bd. 81 S. 289 f.

2) Houston S. 2 Anm. 3.

3) Smith S. 701 f.

4) Goldschmidt, Z. f. HR., Bd. 8 S. 239 f.

ordnung charakteristisch ist. Während bei uns das Eigentum als das dingliche Recht schlechthin bezeichnet wird, versteht man unter dem engl. property eine Summe von Rechten, die nach unserer Rechtsordnung sowohl dinglichen als obligatorischen Charakter haben. Der engl. Begriff property deckt sich vielleicht mit dem Vermögensbegriff des deutschen Rechts. Das property einer Person setzt sich zusammen aus things real und things personal oder chattels [1]). Unter den ersteren versteht man Rechte an unbeweglichen Sachen; sie unterliegen besonderen Vorschriften. Unter den letzteren versteht man sowohl Rechte an beweglichen Sachen, also vor allem das Recht das unserem Eigentum entspricht (§ 903 BGB), wie auch Forderungsrechte auf bewegliche Sachen [2]). Die einen gehören zum property in possession, die anderen zum property in action [3]). Es interessiert hier nur das property in possession. Auch dieser Begriff deckt sich nicht mit dem Eigentumsbegriff unserer Rechtsordnung. Während bei uns der Eigentumsbegriff eindeutig ist, zerfällt selbst dieses property in possession, bei dem der Besitz sowohl ein tatsächlicher (actual possession) wie ein mittelbarer (constructive possession) sein kann, in zwei Arten. Es kann nämlich an absolute property oder auch nur a qualified oder special property sein [4]). Das "absolute property", in dieser Untersuchung als Volleigentum bezeichnet, ist stets mit tatsächlichem Besitz verbunden, jedoch ist der tatsächliche Besitz nicht genügend, sondern dieser muß auf dem Eigentumsrecht (ownership) beruhen [5]). Das "special" oder "qualified property" besteht dann, wenn der Eigentumsberechtigte wegen besonderer Umstände sein Recht nicht wie ein Volleigentümer ausüben kann. So hat der Eigentümer an der Sache nur ein special property, wenn er die Sache zum Transport übergibt; in diesem Fall hat aber auch die Transportperson – allerdings nur, wenn sie selbständig ist und nicht lediglich „Besitzdiener" des Eigentümers — ein special property an der Sache, denn

1) Blackston Bd. II S. 16; Stephen Bd. I S. 116.

2) Stephen Bd. II S. 11.

3) Stephen Bd. II S. 9–10.

4) Stephen Bd. II S. 9—10.

5) Stephen Bd. I S. 145, Bd. II S. 10: "where a man is fully and completely the proprietor of the thing".

sie ist auf Zeit zum Besitz berechtigt. Es hat also in diesem Fall keiner von beiden an absolute property[1]).

Wendet man diese Grundbegriffe auf den Kaufvertrag an, so ergibt sich, daß durch die Perfektion nur das special oder qualified property auf den Käufer übergeht[2]), und er das Volleigentum erst mit der Inbesitznahme der Ware erlangt. Die Perfektion des Kaufvertrages hat zwar anders als im römischen Recht nicht nur die Bedeutuug der Gefahrtragung für den Käufer[3]), sondern die weitere Bedeutung, daß der Käufer schon in eine rechtliche Beziehung zur Sache tritt; sie steht in seinem Eigentum und aus diesem Grunde trägt er die Gefahr des zufälligen Untergangs und hat den Kaufpreis zu zahlen.

Das Recht der Inbesitznahme der Ware und damit der Erwerb des Volleigentums ist jedoch abhängig von der Zahlung des Kaufpreises[4]). Solange der Kaufpreis nicht gezahlt ist, behält der Verkäufer ein Eigentumsrecht. Im engl. Recht ist die Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung eine größere als im deutschen Recht, in dem der Eigentumsübergang unabhängig von der Zahlung des Kaufpreises erfolgt. So geht z. B. nicht einmal das special property über, wenn der Verkäufer mit den Konnossementen einen Wechsel für den Kaufpreis zum Akzept an den Käufer sendet und dieser den Wechsel nicht honoriert[5]). So wird ferner anders als im deutschen Recht der gutgläubige Dritterwerber, der von einem Nichtberechtigten oder nicht Vollberechtigten einen Gegenstand erwirbt oder zum Pfand nimmt, nur dann geschützt, wenn der Erwerb gegen Entgelt (for a valuable consideration) erfolgte[6]). Im deutschen Recht ist in diesen Fällen die Gegenleistung nicht Bedingung des Eigentumserwerbs, und es würde, wenn sie

1) Stephen Bd. II S. 10—11.

2) Smith S. 671, S. 700.

3) Smith S. 708 f, sect. 20 S. of G. A.

4) Blackstone Bd. II S. 447/48; Stephen Bd. II S. 61; Houston S. 75/76, 219/220; Smith S. 726 sect. 28 lautet: "Unless otherwise agreed, delivery of the goods and payment of the price are concurrent conditions, that is to say, the seller must be ready and willing to give possession of the goods to the buyer in exchange for the price, and the buyer must be readv and willing to pay the price in exchange for possession of the goods.

5) Sect. 19 Z. 3; Smith S. 706.

6) Houston S. 164, 185.

fehlt, der verletzte Berechtigte nur einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den quasi ungerechtfertigt bereicherten Erwerber haben (§ 816, I, BGB).

Verschiedene Urteile[1]) der obersten Gerichtshöfe sprechen sich gerade mit Bezug auf das Zurückbehaltungsrecht (lien) und das right of stoppage dahin aus, daß die Zahlung des Kaufpreises vor der Uebergabe der Ware zu erfolgen hat, daß vordem der Käufer kein Recht zum Besitz hat und folglich das Eigentum erst mit der Zahlung des Kaufpreises übergeht.

Jedoch geht diese Abhängigkeit nicht so weit, daß der Käufer auch dann das Volleigentum nicht erwirbt, wenn er mit Willen des Verkäufers den tatsächlichen Besitz erlangt, obgleich er den Kaufpreis noch nicht gezahlt hat. Das engl. Recht folgt den römischrechtlichen Grundsätzen nur insoweit als der Erwerb des Volleigentums erst mit der unmittelbaren Besitzerlangung eintritt, nicht aber dahin, daß auch in diesem Fall noch der Verkäufer sein Eigentumsrecht behält, wenn der Kaufpreis noch nicht gezahlt ist[2]). Das engl. Recht nimmt hiermit Rücksicht auf die Interessen des Handels und entspricht deutschrechtlichen Gedanken. Das was nach außen als Eigentum einer Person in Erscheinung tritt und was sie mit Wissen und Willen zwecks Eigentumsübertragung von dem früheren Eigentümer erhalten hat, soll auch als ihr Eigentum gelten. Es ist das germanische Kenntlichkeitsprinzip. Es entspricht den Bedürfnissen des Handels, denn nur so ist eine richtige Beurteilung der Kreditwürdigkeit einer Person möglich, ohne daß der unbezahlte Verkäufer vom

1) So insbes. J. Bayley in Bloxan versus Sanders wiedergegeben bei Houston S. 75/76: "The vendor's right in respect of the price is not a mere lien, which he will forfeit if he parts with the possession, but grows out of his original ownership and dominion, and payment or tender of the price is a condilion precedent on the vendee's part and until performed he has no right of possession" und "the vendee can maintain no action which requires both a right of property and a right of possession, but on payment of the price". Ferner derselbe Houston S. 219 20, Lord Loughborough Houston S. 3, ähnlich Privy Council Smith S. 744.

2) Blackburn S. 202: "The deliv ry and acceptance of possession complete the sale, and give the buyer the absolute unqualified and indefeasible rights of property and possession in the things sold, though the price be unpaid and the buyer insolvent".

Rechtsstandpunkt aus erheblich geschädigt wird, denn er steht bei dieser Sachlage einem gewöhnlichen Gläubiger gleich. Im Augenblick des Überganges des Volleigentums auf den Käufer bleibt dem Verkäufer nur das property in action[1]), und er trägt die Gefahr der Zahlungsunfähigkeit seines Kontrahenten. Dieses Kenntlichkeitsprinzip kehrt auch in einer konkursrechtlichen Vorschrift des neuesten engl. Rechts wieder[2]). Nach der Bankruptcy Act von 1914 sect. 38[3]) gehören zum Konkursvermögen auch diejenigen Gegenstände, die der Schuldner mit Wissen und Willen des wahren Eigentümers als scheinbarer Eigentümer (reputed owner) bei der Konkurseröffnung in seinem Besitz hat. Der wahre Eigentümer hat kein Aussonderungsrecht, wie er es nach deutschem Recht hätte.

Auf dem oben entwickelten Grundbegriff des Eigentums und den Grundsätzen über den Eigentumsübergang beim Kauf beruht nun das right of stoppage in transitu. Es ist keine konkursrechtliche Vorschrift, sondern eine Bestimmung des Kaufvertragsrechts und, wie schon erwähnt, deswegen in der Sale of Goods Act sect. 44—48 zu finden. Seine Voraussetzungen sind: 1) ein transitus, d. h. die Ware muß abgesandt, darf aber noch nicht in den unmittelbaren Besitz des Käufers gelangt sein, 2) Unbezahltsein der Ware, 3) Zahlungsunfähigkeit des Käufers.

Es wird mit dem Zurückbehaltungsrecht (lien) als ein Recht des unbezahlten Verkäufers bezeichnet, das ihm "against the goods"[4]) zusteht. Es wäre ungenau, wollte man das lien des unbezahlten Verkäufers als ein Pfandrecht im Sinne der deutschen Rechtsordnung bezeichnen. Es ist ebenfalls ein auf dem Eigentum des Verkäufers beruhendes Recht[5]), die Auslieferung der Ware bis zur Zahlung des Kaufpreises zu verweigern. Der Unterschied vom right of stoppage besteht darin, daß es den unmittelbaren Besitz des Verkäufers vor-

---

1) Blackburn S. 201—202; Stephen Bd. II S. 9—11.

2) Sie galt auch schon früher, siehe Süterbock, Z. f. HR. Bd. II S. 34 f.

3) Smith S. 861—866, S. 681.

4) Smith S. 738, ferner sect. 39 S. 739 f.

5) Vgl. J. Bayley oben S. 9 Anm. 1.

aussetzt, ferner darin, daß es auch ausgeübt werden kann, wenn der Käufer zahlungsfähig ist[1]), es sei denn, daß der Verkäufer zur Vorleistung verpflichtet ist. Das right of stoppage wird nun von den engl. Schriftstellern häufig als equitable lien bezeichnet[2]). Dieser Ausdruck kann passieren, wenn das "equitable" sich darauf beziehen soll, daß ein lien doch mit Besitz verbunden ist, was bei dem right of stoppage nicht zutrifft[3]). Es wäre falsch, wenn das equitable so gemeint ist, als wäre es ein von den Billigkeitsgerichtshöfen geschaffenes Recht, das dem lien ähnlich ist[4]). Denn wie die Ausführungen gezeigt haben und wie in mehreren Urteilen mit Recht betont wird[5]), beruht das Rechtsinstitut auf den Prinzipien des common law und ist von ihm in das statute law übernommen worden. Man könnte den Einwand machen, daß es auffällig sei, daß das right of stoppage anders als das lien nur dann ausgeübt werden kann, wenn der Käufer insolvent ist. Wäre es richtig, daß das right of stoppage ebenso wie das lien auf dem Eigentum des Verkäufers beruht, dann müßte es auch ohne diese Voraussetzung bestehen. Dieser Einwand ist nicht ganz zutreffend. Man übersieht, daß der Verkäufer, sobald er die Ware der Transportperson übergeben hat, nicht mehr den unmittelbaren Besitz und meistens auch nicht einmal mehr den mittelbaren Besitz (constructive possession) hat, da er das über die Ware ausgestellte Dispositionspapier in der Regel dem Käufer übersenden wird. Er hat also kein Volleigentum mehr, weil er freiwillig auf das aus diesem entspringende Besitzrecht verzichtet hat. Während des transitus hat weder der Ver-

1) Smith S. 740.

2) Houston S. 2; Roß S. 230, 275 bei Voigt, Neues Archiv f. HR. Bd. III S. 295; Lord Kenyon b. Smith S. 771.

3) Lord Mansfield bei Houston S. 207.

4) Roß a. a. O.; Houston S. 4; Charles Abbott S. 332/33.

5) oben J. Bayley S. 9 und Lord Abinger S. 3; ferner Lord Loughborough bei Houston S. 3: "I state it to be a clear proposition that the vendor of goods not paid for, may ertain the possession against the vendee not by any aid of equity but on gorunds of law. Our oldest books consider the payment of the price, day not being given, as a condition pecerdent, implied in the contract of sale and that the vendee cannot take the goods, nor sue for th m without tender of the price".

käufer noch der Käufer Volleigentum an der Sache[1]). Es läge kein Grund vor, dem Verkäufer auch dann das right of stoppage zu geben, wenn der Käufer zahlungsfähig ist, da der Verkäufer ja durch die Besitzaufgabe dem Käufer vertraut, daß er den Kaufpreis zahlen werde. Nur wenn dieses Vertrauen nicht gerechtfertigt ist, wenn also der Verkäufer erfährt, daß der Käufer insolvent ist, kann er von seinem Eigentumsrecht Gebrauch machen, die Besitzeinräumung der Ware zu verweigern bis der Kaufpreis gezahlt ist und gewissermaßen seine Vorleistung — Aufgabe seines Besitzes —, zu der er nicht verpflichtet war, rückgängig zu machen. Dieses Recht kann er aber nur während des transitus haben, denn sobald die Ware in den unmittelbaren Besitz des Käufers gelangt ist, hat dieser, da die Besitzaufgabe von Seiten des Verkäufers freiwillig und auf Grund des Vertrages erfolgte, Volleigentum erworben, selbst wenn der Kaufpreis nicht gezahlt ist[2]). Der Verkäufer hat von diesem Augenblick an kein Recht mehr an der Sache, sondern, da er dem Käufer Kredit gegeben hat, nur eine Kaufpreisforderung, die zu seinem property in action[3]) gehört, und die Gefahr der Insolvenz seines Schuldners trägt er als Eigentümer. Man sieht, daß das right of stoppage eine Vorbeugungsbefugnis[4]) ist; der Verkäufer kann auf Grund seines Eigentums verhindern, daß der Käufer Volleigentümer wird. Bezeichnend hierfür ist auch der Ausdruck "stoppage in transitu"; er besagt, daß der Übergang vom special property des Käufers auf Grund des Vertrages zum absolute property verhindert werden kann.

Faßt man das Ergebnis der Untersuchungen über den Ursprung und die rechtliche Natur des right of stoppage in transitu zusammen, so kann man folgendes sagen: Das Recht beruht auf dem Eigentum des Verkäufers, denn dieser bleibt solange Eigentümer als der Kaufpreis noch nicht gezahlt und die Ware noch nicht in den unmittelbaren Besitz des Käufers gelangt ist, dieser also noch nicht mit Wissen und Willen des Verkäufers das absolute property erworben hat. Das Rechts-

---

1) oben S. 7/8; Stephen Bd. II S. 10.
2) Blackburn oben S. 9.
3) oben S. 7.
4) Smith S. 769.

institut hat nicht dem equity law angehört; es beruht auf den Grundsätzen des common law über den Eigentumsübergang beim Kauf, das seinerseits römische und germanische Rechtsprinzipien enthält. Durch die Sale of Goods Act von 1893 ist es zum statute law erhoben[1]).

§ 3. Auswirkungen.

Die Auswirkungen dieser Auffassung von der rechtlichen Natur des right of stoppage sind folgende: Als Eigentumsrecht kann es gegen jeden Besitzer, der die Waren nicht als seine eigenen besitzt, geltend gemacht werden. Es ist deswegen gleichgültig, ob die Transportperson mit dem Verkäufer oder mit dem Käufer in einem Vertragsverhältnis steht. Kommt die Transportperson dem Verlangen des Verkäufers, die Waren nicht an den Käufer auszuliefern, nicht nach, so ist sie schadensersatzpflichtig[2]). Außerdem kann der Verkäufer die Ware von dem insolventen Käufer oder, wenn dieser inzwischen in Konkurs gefallen ist, von den trustees herausverlangen und zwar deswegen, weil dann der Besitz nicht mit Einverständnis des Verkäufers erlangt ist, da dieser schon vor Beendigung des transitus von seinem Verfolgungsrecht Gebrauch gemacht hat[3]). Da Voraussetzung des right of stoppage der transitus ist, so kann die Ware von dem Verkäufer andererseits nicht deshalb von den trustees zurückverlangt werden, weil sie erst nach der Konkurseröffnung in deren Besitz gekommen ist[4]).

Streitig war es in der älteren Rechtsprechung[5]), ob das right of stoppage auch gegenüber dem Inhaber eines handelsrechtlichen Dispositionspapieres insbes. eines Konnossements durchdrang, der es gutgläubig und gegen Entgelt von dem insolventen Käufer erlangt hatte. Es ist häufig behauptet worden, die Entwicklung des right of stoppage laufe der Entwicklung der handelsrechtlichen Dispositionspapiere pa-

1) Die Richtigkeit dieser Auffassung wird außer von den oben S. 3/4, 9, 11 angeführten Zitaten und Urteilen noch vom folgenden Urteil bestätigt: Lord Mansfield bei Houston S. 150: "the right of stoppage was ruled not upon principles of equity only but upon the laws of property".

2) Houston S. 53—54; Smith S. 782—83, sect. 46 S. of G. A.

3) Houston S. 53—54.

4) Houston S. 40 f.

5) Houston S. 151—154.

rallel[1]), und das Rechtsinstitut sei deswegen ein Billigkeitsrecht[2]), weil es bestimmt ist, die Härten, die durch die frühzeitige Eigentumsübertragung durch die Dispositionspapiere eintreten, zu beseitigen: "for the purposes of substancial justice[3])". Jedoch finden diese Behauptungen in der engl. Rechtsprechung keine Stütze. Es ist nie bezweifelt worden, daß das Verfolgungsrecht auch dann besteht, wenn der Käufer den mittelbaren Besitz durch ein Dispositionspapier erlangt hat, daß also mit anderen Worten hierdurch der Käufer nicht Volleigentümer wird. Die Frage war nur die, ob ein Dritter, der gutgläubig und gegen Entgelt das Dispositionspapier erwirbt, ebenso gestellt sein soll wie ein Volleigentümer, also gegen das Verfolgungsrecht geschützt ist. Diese Streitfrage wurde in dem Präzedenzfall Lickbarrow versus Mason[4]) entschieden. Es stand zur Debatte, ob das deutschrechtliche Hand-wahre-Hand-Prinzip bezüglich des Verfolgungsrechts auch auf Dispositionspapiere, die nur eine constructive possession verschaffen, Anwendung finde, oder das römischrechtliche Prinzip: nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet. Es hat das deutschrechtliche Prinzip gesiegt, das auch in die Sale of Goods Act sect. 47[5]) aufgenommen wurde. Es wird der Erwerb der in transitu befindlichen Ware von dem insolventen Käufer auf Grund eines Dispositionspapieres nicht anders behandelt wie der Erwerb von einem Nichtberechtigten, weswegen auf Seiten des Erwerbers auch die beiden Voraussetzungen, Gutgläubigkeit und Entgelt, vorhanden sein müssen.

Ferner war in der älteren engl. Literatur und Rechtsprechung streitig, ob der Kaufvertrag bei Geltendmachung des Verfolgungsrechts reszindiere. Die herrschende Meinung und Rechtsprechung[6]) verneinte die Reszission des Vertrages. Diese Ansicht ist von der Sale of Goods Act sect. 44 und 48 aufgenommen worden. Der Verkäufer kann die Ware auf Grund seines Eigentums an einen Dritten verkaufen und evtl. einen

---

1) Oetker S. 15–16; Eisenlohr S. 18 f.; Goldschmidt, Handbuch S. 859 f.
2) Roß bei Voigt, Neues Archiv f. HR., Bd. III S. 295; Abbot S. 332/33.
3) Roß a. a. O.; Eisenlohr a. a. O.
4) Houston S. 151—154.
5) Smith S. 780—782, S. 743.
6) Houston S. 207 f., S. 218; Smith S. 771.

Schadensersatzanspruch geltend machen[1]). Es kann aber auch der trustee des Käufers die Erfüllung des Vertrages gegen volle Bezahlung verlangen[2]).

II. Das französische Verfolgungsrecht.
(Revendication.)

Das französische Recht kennt unter dem Namen revendication zwei Verfolgungsrechte des unbezahlten Verkäufers, die in ihrem Ursprung, in ihren Voraussetzungen und Wirkungen und vor allem in ihrer rechtlichen Natur durchaus verschieden sind und denen doch die in der Einleitung gekennzeichneten legislatorischen Erwägungen zu Grunde liegen. Es ist die revendication des art. 2102 – 4⁰ Abs. II. c. c. und die revendication des art. 576 c. de com. Das Nebeneinanderbestehen beider Rechtsbehelfe des unbezahlten Verkäufers für dieselben Fälle, in denen die Ware bereits abgesandt und der Käufer inzwischen zahlungsunfähig geworden ist, erscheint auf den ersten Blick als eine unzulässige Wiederholung des Gesetzes, was es jedoch keineswegs ist, wie die folgenden Untersuchungen zeigen werden. Zwei Gründe erklären das Nebeneinanderbestehen dieser beiden Rechtsinstitute: ihre geschichtliche Entwicklung und die Unterscheidung im französischen Recht zwischen dem Vermögenszusammenbruch eines Kaufmanns (la faillite) und eines Nichtkaufmanns (la déconfiture). Den Rechtsbehelf des art. 2102—4⁰ hat der Verkäufer nur gegen den zahlungsunfähigen Nichtkaufmann (en cas de déconfiture), den Rechtsbehelf des art. 576 c. de com. nur gegen den im Konkurs befindlichen Kaufmann (en cas de faillite). Die geschichtliche Entwicklung und die rechtliche Natur im Rahmen der französischen Rechtsordnung beider Rechtsinstitute wird getrennt dargestellt.

1. Die revendication des art. 2102—4⁰ c. c.

Im Falle des Vermögenszusammenbruchs eines Nichtkaufmanns findet ein eigentliches Konkursverfahren nicht

---

1) Smith S. 744—745, sect. 48, Z. 2 u. 3 Sale of Goods Act.
2) Smith S. 852—853, Bankruptcy Act sect. 38, 167, 54.

statt[1]). Das gesamte Vermögen des Schuldners ist nach französischem Recht das gemeinsame Unterpfand aller Gläubiger[2]). Eine Verteilung des Vermögens erfolgt nach der par conditio creditorum soweit nicht Vorzugsrechte entgegenstehen. Solche Vorzugsrechte finden sich für den unbezahlten Verkäufer im art. 2102—4⁰; es ist das "privilège", d. h. das Recht der vorzugsweisen Befriedigung des Kaufpreises aus dem Erlös des Schuldnervermögens und die revendication, d. h. das Recht, die bereits übergebenen Waren zurückfordern zu können. Gegenstand dieser Untersuchung ist nur das letztere Recht.

Die Voraussetzungen der revendication bestimmt der art. 2102—4⁰ wie folgt: Abs. II "Si la vente a été faite sans terme, le vendeur peut même revendiquer ses effets tant qu'ils sont en la possession de l'acheteur, et en empêcher la revente pourvu que la revendication soit faite dans la huitaine de la livraison et que les effets se trouvent dans le même état dans lequel cette livraison a été faite.

Abs. IV. Il n'est rien innové aux lois et usages du commerce sur la revendication".

Es ist also notwendig: 1) Ein Verkauf gegen bar, 2) Nichtzahlung oder nur Teilzahlung des Kaufpreises, 3) die bereits übergebene Sache muß sich noch im Besitz des Käufers befinden, 4) es dürfen seit der Ablieferung keine Veränderungen an der Sache stattgefunden haben, 5) es dürfen noch keine 8 Tage seit der Ablieferung verstrichen sein. Die revendication hat nach dem Gesetzestext den Zweck, einen Wiederverkauf zu verhindern, denn in diesem Fall würde der Dritterwerber geschützt werden art. 2279 I c. c.

§ 4. Geschichte.

Ueber die rechtliche Natur dieser revendication herrscht Streit. Von einigen, besonders aber von den älteren Schriftstellern[3]), wird die Meinung vertreten, daß die Zurückforderung auf Grund des bei dem Verkäufer verbleibenden Eigentums

1) Zachariae Crome Bd. III S. 291—93.

2) art. 2092—2093 c. c.; Zachariae Crome Bd. III S. 3; Wibaux S. 14,

3) Troplong Bd. I S. 136—137 Fremery S. 398—99; Pothier S. 275 193—195; Planiol Bd. II S. 516—517.

erfolgt, denn das Eigentum geht, wenn gegen bar verkauft ist, erst mit der Zahlung des Kaufpreises über. Die revendication geht auf das römische Recht zurück; sie ist wie dort auch eine Schutzvorschrift zu Gunsten des unbezahlten Verkäufers. Der art. 2102—4⁰ bildet auch heute noch eine Ausnahmevorschrift, er derogiert den art. 1583 c. c., wonach beim Kaufvertrag das Eigentum schon mit Vertragsschluß auf den Käufer übergeht, selbst wenn der Kaufpreis nicht gezahlt ist.

Die geschichtliche Entwicklung dieses Verfolgungsrechts scheint dieser Meinung Recht zu geben. Ursprünglich war es nichts anderes als die rei vindicatio des römischen Rechts. Der Eigentumsübergang erfolgte erst mit der Uebergabe und, wenn gegen bar verkauft war, mit der Zahlung des Kaufpreises[1]). Die coutumes von Paris von 1580 haben diesen Grundsatz in art. 176 aufgenommen. Auch hier ist die Verfolgung ganz nach römischrechtlichen Grundsätzen auch gegen Dritterwerber zugelassen. Dieser Grundsatz wurde sogar noch weiter ausgedehnt und das französische Gewohnheitsrecht und die Praxis ließen eine Zurückforderung aus der Konkursmasse des Käufers auch dann zu, wenn der Verkäufer auf Kredit verkauft hatte. Andererseits wurde der römischrechtliche Grundsatz durch das deutschrechtliche Hand — wahre — Hand — Prinzip eingeschränkt, denn eine Verfolgung gegen einen Dritten war dann ausgeschlossen, wenn dieser gutgläubig und gegen Entgelt den Besitz der Ware erlangt hatte.

Dieses Verfolgungsrecht wurde in den code civil mit einer weiteren Modifikation aufgenommen. Es ist ausgeschlossen, wenn der Verkäufer auf Kredit verkauft hat, selbst wenn die Ware sich noch im Besitz des Käufers befindet; in diesem Fall steht ihm das "privilège" der vorzugsweisen Befriedigung zu art. 2102—4⁰ I[2]). Nur wenn er gegen bar verkauft hat, kann er die Ware zurückfordern, aber auch hier nur, wenn sie sich noch im Besitz des Käufers befindet, sodaß also die Verfolgung gegen Dritte schlechthin ausgeschlossen ist. Ferner ist die reven-

1) Nachweise bei Troplong, Bd. I S. 136 f.; Fremery S. 391; Pothier S. 193/94; Goldschmidt, Handbuch S. 857 Note 4, 6 f.

2) Les créances privilégiées sur certains meubles sont: 4⁰ le prix d'effets mobiliers non payes, s'ils sont encore en la possession du débiteur, soit qu'il ait acheté à terme ou sans terme.

dication nicht für alle Zeit zulässig, sondern nur innerhalb acht Tagen nach der Ablieferung. Diese Voraussetzung ist daraus zu erklären, daß über das Vermögen eines Nichtkaufmanns ein Konkursverfahren nicht eingeleitet wird und demzufolge auch vom Gericht kein Termin (Konkurseröffnung) bestimmt wird, von dem beim kaufmännischen Konkurs und auch beim deutschen Konkurs das Bestehen des Rechts abhängig ist. Sie hat aber auch einen historischen Grund. In vielen Partikularrechten[1]) konnte das Verfolgungsrecht auch dann ausgeübt werden, wenn die Ware kurze Zeit — die Frist war verschieden bestimmt — vor der Konkurseröffnung in den Besitz des Käufers gelangt war. Diese Voraussetzung geht wiederum auf einen deutschrechtlichen Grundsatz zurück, wonach beim Barkauf der Käufer an der übergebenen Ware bis zur Zahlung des Kaufpreises oder später bis zum Ablauf einer verschieden bestimmten Frist nur eine Gewere zur Leihe hat, der Verkäufer aber die Eigengewere behält. Nach Ablauf dieser Frist wurde es so angesehen, als hätte der Verkäufer auf seine Eigengewere verzichtet und dem Käufer Kredit gegeben[2]).

§ 5. Die verschiedenen Theorien, Kritik und Stellungnahme.

Man sieht, daß das Rechtsinstitut sich im Laufe der Entwicklung weit von der rei vindicatio des unbezahlten Verkäufers entfernt hat und seine Voraussetzungen und Wirkungen heute Ausfluß deutschrechtlicher Prinzipien sind. Es kann deswegen die Meinung der oben zitierten Schriftsteller (S. 16.[3]), die revendication des art. 2102—4^0 beruhe auf dem Eigentum und sei nichts anderes als die rei vindicatio des römischen Rechts, nicht geteilt werden. Hiergegen spricht nicht nur die eben dargelegte geschichtliche Entwicklung, sondern vor allem stehen dieser Ansicht auch die Grundprinzipien der französischen Rechtsordnung entgegen.

Es ist zwar richtig, daß die Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung eine stärkere ist als in der deutschen Rechtsordnung. So kennt das französische Recht einen Vertragstyp art. 1104 c. c., dem auch der Kaufvertrag angehört, bei dem

1) Goldschmidt, Handbuch S. 864.
2) H. Mitteis, S. 215—217, unten S. 29.

die Gegenleistung das Aequivalent zur Leistung bildet[1]. Ferner kommt die größere Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung in den vielen Garantien des unbezahlten Verkäufers an der Sache zum Ausdruck[2]. Aber diese Rechtsbehelfe sind nur geschaffen, um die Härten eines anderen stärkeren Prinzips abzuschwächen. Dieses Prinzip besagt, daß Eigentum schon durch die Verpflichtung, Eigentum zu übertragen, erworben wird, art. 1138, art. 711 c. c., also eine Unterscheidung zwischen dinglichem und obligatorischem Vertrag nicht besteht[3]. Dieses Prinzip findet vor allem Anwendung beim Kauf art. 1583 (ebenso bei der Schenkung art. 938). Hier ist sogar ausdrücklich bestimmt, daß der Eigentumsübergang selbst dann erfolgt, wenn der Kaufpreis nicht bezahlt ist. Zwar ist der Käufer in seiner Stellung als Eigentümer gefährdet, da zu Gunsten Dritter der art. 2279 I c. c. eingreift und demzufolge die Eigentumsübertragung nur zwischen ihm und dem Verkäufer wirkt[4]. Aber gerade deshalb kann nicht gesagt werden, daß die revendication auf Grund des Eigentums erfolgt und der art. 2102—4⁰ den art. 1583 derogiert.

Von anderen Schriftstellern[5]) wird die Ansicht vertreten, die revendication erfolge auf Grund der Auflösung des Vertrages, womit der Eigentumsübergang rückwirkend vernichtet wird. Sie sei nichts anderes als die Anwendung des allgemeinen Prinzips des art. 1184 (für den Kauf art. 1654), wonach bei gegenseitigen Verträgen der vertragstreue Teil den Vertrag zur Auflösung bringen kann, wenn der andere Teil seine Verpflichtung nicht erfüllt. Mit der Zurückforderung sei gleichzeitig die Auflösung des Vertrages ausgesprochen.

Die historische Entwicklung dieses Auflösungsrechts, seine rechtliche Natur und seine Bedeutung für die Erklärung der handelsrechtlichen revendication des art. 576 c. d. com. kann erst später behandelt werden. Die Ansicht ist deshalb abzulehnen,

1) Crome S. 177; Planiol Bd. I, S. 836/37.

2) Crome S. 159/160, Zurückbehaltungsrecht art. 1612/13 c. c.; Auflösungsrecht art. 1654 und 1184 c. c.; privilège art. 2102 –4⁰ I; revendication art. 2102—4⁰ II c. c.; revendication art. 576 c. de com.

3) Planiol Bd. I S. 836/37.

4) Pothier S. 193; art. 1583 – la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur.

5) Angeführt bei Planiol Bd. II S. 516/517.

weil eine Auflösung des Vertrages nicht durch eine einfache Parteierklärung, sondern nur durch Richterspruch erfolgen kann art. 1184 III c. c. Ferner würde eine Auflösung des Vertrages mit rückwirkender Vernichtung des Eigentumsübergangs über den Zweck des Gesetzes hinausgehen, wonach nur der Wiederverkauf verhindert werden soll; denn hierfür genügt die Zurückerlangung des Besitzes. Es wird diese Theorie aus diesen Gründen deswegen heute auch nicht mehr vertreten[1]).

Die heute herschende Meinung[2]) sieht in der revendication des art. 2102 — 4° eine revendication des Zurückbehaltungsrechts. Dem Verkäufer steht bei Barkäufen ein Zurückbehaltungsrecht an der Sache zu (art. 1612 c. c.). Dieses Recht behält er noch 8 Tage nach der Uebergabe, wenn die Gegenleistung nicht oder nur teilweise gewährt wird. Um es ausüben zu können, muß er jedoch den Besitz der Sache zurückerlangen und dafür dient diese revendication. Für diese Auffassung spricht auch das Gesetz, denn die revendication besteht ebenso wie das Zurückbehaltungsrecht nur bei Bargeschäften; außerdem muß die Ware unverändert geblieben sein. Es kommt der oben bereits angeführte Grund hinzu, daß der Verkäufer gegen einen Wiederverkauf genügend geschützt ist, wenn er den Besitz zurückerlangt.

Diese letztere Theorie erklärt die rechtliche Natur der revendication am zwanglosesten. Sie entspricht auch der geschichtlichen Entwicklung, denn, wie oben gezeigt, ist die revendication nicht mehr eine Anwendung von römischrechtlichen, sondern von deutschrechtlichen Prinzipien. Der Zurückforderung auf Grund des noch 8 Tage nach der Ablieferung dem unbezahlten Verkäufer verbleibenden Zurückbehaltungsrechts liegt der deutschrechtliche Gedanke der bei dem Verkäufer verbleibenden ideellen Gewere zu Grunde.

§ 6. Auswirkungen.

Die Bedeutung der verschiedenen Theorien über die rechtliche Natur der revendication liegt in der Auswirkung auf den obligatorischen Vertrag. Nach der Eigentumstheorie bleibt der

1) Planiol Bd. II S. 516/517.

2) Lyon-Caen et Renault, Traité Bd. VIII S. 140; dieselben Manuel S. 837; Zachariae-Crome Bd. II S. 28 Note 25a; Kommentar von Sirey und Gilbert Bd. IV § 4 III zu art. 2102—4°.

obligatorische Vertrag bestehen, da der art. 2102—4⁰ die Bestimmung über den Kaufvertrag, art. 1583, nur bezüglich der Wirkung (Eigentumsübergang) derogiert[1]). Die zweite Theorie hat als Voraussetzung die Auflösung und damit die Nichtigkeit des Vertrages. Nach der dritten Theorie bleibt der Vertrag bestehen und der Käufer Eigentümer. Eine Auflösung des Vertrages ist jedoch möglich, wenn der Käufer weiter seine Gegenleistung nicht bewirkt und der Verkäufer ein richterliches Urteil auf Auflösung erlangt. Bis dahin kann jedoch von dem Käufer gegen Zahlung des Kaufpreises die Erfüllung verlangt werden.

Die revendication ist stets ausgeschlossen gegen Dritte, ganz gleichgültig, welche Theorie vertreten wird, denn es ist Voraussetzung, daß die Sache sich noch im Besitze des Käufers befindet (art. 2102—4⁰; ferner art. 2279 I c. c.).

2. Die revendication des art. 576 code de commerce.

Im Falle des Vermögenszusammenbruchs eines Kaufmanns findet ein eigentliches Konkursverfahren statt, das im Buch III des code de commerce geregelt ist. Im Interesse des Handels sind dem unbezahlten Verkäufer verschiedene Garantien für die Fälle genommen, wo die Ware bereits vor der Konkurseröffnung in den unmittelbaren Besitz des Käufers gekommen ist. Der art. 550 c. de com. letzter Absatz schließt für den kaufmännischen Konkurs das privilège nnd die revendication des art. 2102—4⁰ c. c. aus, und es besteht Einigkeit in der franz. Literatur, daß in einem solchen Fall dem unbezahlten Verkäufer auch das für die übrigen Gläubiger viel schädlichere Resoltionsrecht (art. 1654, art. 1184 c. c.) nicht zusteht, obwohl es in diesem art. nicht ausdrücklich erwähnt ist. Wenn jedoch die Waren entweder erst nach der Konkurseröffnung in die Warenlager des Käufers gelangt sind oder sich während dieser Zeit noch auf dem Transport befinden, so kann der unbezahlte Verkäufer sie aus der Konkursmasse zurückverlangen. Dieser Rechtsbehelf ist das eigentliche Verfolgungsrecht (handelsrechtliche revendication), so wie es auch dem deutschen und engl. Recht unter Modifikationen bekannt ist. Die geschichtliche Entwicklung und die rechtliche Natur ist jedoch eine andere als die des engl. und deutschen Verfolgungsrechts und ebenfalls eine

1) Planiol Bd. II S. 518.

andere, als die der revendication des art. 2102—4⁰, obgleich es mit der letzteren sehr viel Aehnlichkeit hat, weswegen auch von einigen Schriftstellern[1]) die Ansicht vertreten wird, dieses Verfolgungsrecht sei nichts anderes als die revendication des art. 2102—4⁰ c. c., deren Voraussetzungen im Interesse des Handels eingeschränkt sind. Die folgenden Untersuchungen werden zeigen, daß diese Ansicht nicht haltbar ist, sondern daß die revendication des art. 576 c. de com. in ihrer geschichtlichen Entwicklung und rechtlichen Natur sich durchaus von der revendication des art. 2102—4⁰ c. c. unterscheidet.

Der art. 576 c. de com. lautet wie folgt: „Pourront être revendiquées les marchandises expédiées au failli, tant que la tradition n'en aura point effectuée dans ses magasins, ou dans ceux du commissionnaire chargé de les vendre pour le compte du failli.

Néanmoins, la revendication ne sera pas recevable si, avant leur arrivée, les marchandises ont été vendues sans fraude, sur factures et connaissements ou lettres de voiture signées par l'expéditeur.

Le revendiquant sera tenu de rembourser à la masse les acomptes par lui reçus, ainsi que toutes avances faites pour fret ou voiture, commission, assurances ou autres frais, et de payer les sommes qui seraient dues pour mêmes causes".

Es ist auffällig, daß der unbezahlte Verkäufer verpflichtet wird, die empfangenen Teilzahlungen zurückzugewähren, wenn er von seinem Revendicationsrecht Gebrauch macht. Hieraus wird von der herrschenden Meinung[2]) geschlossen, daß die revendication des art. 576 nichts anderes als die Anwendung des allgemeinen Prinzips des art. 1184 c. c. ist, wonach bei gegenseitigen Verträgen der vertragstreuen Partei ein Auflösungsrecht mit Rückwirkung zusteht, wenn die Gegenpartei ihre Verpflichtung nicht erfüllt. Die revendication ist eine Folge der Vertragsauflösung und des damit ex tunc an den Verkäufer zurückfallenden Eigentums; die weitere Folge ist, daß der Verkäufer die Vorschüsse zurückzuzahlen hat.

---

1) Delamarre et le Poitvin, angeführt bei Wibaux S. 291; Oberappellationsgericht zu Lübeck, angeführt bei Voigt, Neues Archiv f. HR., Bd. IV Fall Nr. 7 S. 436.

2) Lyon-Caen et Renault, Traité Bd. VIII S. 150/51, Manuel S. 838; Komm. von Sirey § 1 zu art. 576; Wibaux S. 292/293.

§ 7. Geschichte.

Die geschichtliche Entwicklung spricht für diese Erklärung der rechtlichen Natur der revendication. Obgleich das Resolutionsrecht heute dem allgemeinen Civilrecht angehört, hat es seinen Ursprung in der coutume du commerce[1]). Da der Eigentumsübergang schon mit der Verpflichtung erfolgte, so mußte dem unbezahlten Verkäufer irgendein Rechtsbehelf zur Seite stehen, um sein Eigentum zurückerlangen zu können für den Fall, wo der Gegner seinen Vertragspflichten nicht nachkam. Dieser Rechtsbehelf bestand darin, daß er unter diesen Umständen den Vertrag zur Auflösung bringen konnte und daß diese Auflösung einen Eigentumsrückfall ex tunc bewirkte. Besondere Bedeutung erlangte dieses Auflösungsrecht gerade im Konkurse des Käufers; hier konnte der Verkäufer von sich aus die Auflösung erklären und die Waren aus der Konkursmasse zurückfordern[1]) und zwar, anders als nach geltendem Recht, auch dann, wenn sie schon übergeben waren. Die Auflösung erfolgte auf Grund einer lex commissoria. Diese brauchte jedoch nicht wie im römischen Recht ausdrücklich zwischen den Parteien vereinbart zu sein, sondern sie lag jedem gegenseitigen Vertrag zu Grunde; denn es galt als stillschweigend vereinbart, daß der vertragstreuen Partei ein Verfallpfand[2]) an ihrer eigenen Leistung zustand, wenn ihre Gegenpartei nicht erfüllte. Erfolgte also die Gegenleistung nicht, so konnte die andere Partei ihre eigene Leistung als verfallene Sicherheit zurückfordern, indem sie den Vertrag zur Auflösung brachte[3]). Da anders als im römischen Recht durch die Auflösung nicht nur der obligatorische Vertrag nichtig wird, sondern gleichzeitig auch das Erfüllungsgeschäft und der unbezahlte Verkäufer so gestellt wird, als hätte er sein Eigentum nicht verloren, so konnte wegen dieser bedeutungsvolleren Folgen die Auflösung, die später nicht nur im Konkurs des Käufers zulässig war[4]), nur durch Richterspruch erfolgen[5]).

---

1) Fremery S. 396.

2) lex commissoria tacita, Crome S. 159/160; Troplong Bd. I S. 138 n. 191; Planiol II S. 444/45.

3) Crome S. 166, ferner Note 34.

4) Fremery S. 396 n. 1; Pothier S. 274.

5) Pothier S. 267; Planiol Bd. II S. 445.

Dem Richter wurde gleichzeitig auch die Befugnis gegeben, der anderen Partei eine Frist zur Erfüllung zu setzen; erst nach Ablauf dieser Frist galt die Auflösung als ausgesprochen.

Dieses Auflösungsrecht ist in den code civil für alle gegenseitigen Verträge aufgenommen (art. 1184). Ein Anwendungsfall dieses allgemeinen Prinzips findet sich für den Kaufvertrag im art. 1654 c. c., ferner im art. 576 c. de com. Es ist ein persönliches Recht, da es nur gegen die andere Partei ausgeübt werden kann[1]). Ist die Auflösung erklärt, dann sind die Wirkungen allerdings die eines dinglichen Rechts, weil der frühere Zustand damit wiederhergestellt ist, der Verkäufer also niemals sein Eigentum verloren hat. Es ist wie die Anfechtung des deutschen Rechts ein Gestaltungsrecht.

§ 8. Die verschiedenen Theorien, Kritik und Stellungnahme.

Für die oben wiedergegebene Auffassung der rechtlichen Natur der revendication sprechen außer der geschichtlichen Entwicklung des Resolutionsrechts auch noch andere Gründe. So wird es in den Vorarbeiten und den Beratungen zu art. 576 code com. als Resolutionsrecht aufgefaßt[2]). Ferner kann es anders als die revendication des art. 2102—4⁰ c. c. auch dann ausgeübt werden, wenn auf Credit verkauft wurde, was beim Auflösungsrecht ebenfalls möglich ist. — Von den Vertretern, die in diesem Verfolgungsrecht nichts anderes erblicken als eine revendication des Zurückbehaltungsrechts, das dem Verkäufer gemäß art. 577 code comm. zusteht[3]), wird geltend gemacht, daß die Annahme der Auflösung des Vertrages im Widerspruch mit dem art. 578 stände, da hiernach der Konkursverwalter die Erfüllung verlangen kann, woraus zu schließen sei, daß bei richtiger Auslegung des Gesetzes der Vertrag fortbesteht. Gegen diesen Einwand ist vorgebracht worden, daß die Auflösung dann nicht erfolgt, wenn ihre Bedingung nachträglich wegfällt, indem der Konkursverwalter die Verpflichtung erfüllt. Insofern soll der Vertrag[4]) doch noch

1) Planiol Bd. II S. 522.

2) Kommissionsberichte angeführt bei Wibaux S. 294—295.

3) Delamarre et le Poitvin angeführt bei Wibaux S. 291.

4) Wibaux S. 296—297.

Wirkungen äußern. Ferner könnte man einwenden, daß die revendication deswegen nicht Anwendung des allgemeinen Prinzips des art. 1184 c. c. sein kann, weil die Auflösung eines Vertrages nur durch Richterspruch erfolgen kann, was nicht Voraussetzung der revendication des art. 576 code comm. ist. Hiergegen wäre zu sagen, daß dieser Unterschied einmal geschichtlich zu erklären ist (oben S. 23) und ferner, daß die Fälle des art. 576 eine Ausübung des Resolutionsrechts ohne Urteil rechtfertigen, da sonst wegen des damit verbundenen Zeitverlustes die Gefahr besteht, daß die Waren verkauft werden. Außerdem ist eine Auflösung durch den Richter deswegen nicht nötig, weil die Erklärung gegenüber dem Konkursverwalter, der amtsähnliche Funktion versieht, erfolgt. Hält dieser die Erfüllung für vorteilhaft für die Gläubigerschaft, so kann er das Auflösungsrecht des Verkäufers dadurch zurückschlagen, daß er bei Geltendmachung der revendication die Erfüllung gegen Zahlung des Kaufpreises verlangt.

Faßt man die Ergebnisse der Untersuchung zusammen, so läßt sich über die rechtliche Natur der revendication des art. 576 folgendes sagen: sie ist ein Anwendungsfall des allgemeinen Prinzips des art. 1184 c. c.; sie beruht auf der Auflösung des Vertrages und des damit ex tunc zurückfallenden Eigentums. Hierfür sprechen außer anderen Gründen vor allem die geschichtliche Entwicklung des Resolutionsrechts und die Bestimmung des Gesetzes, daß der Verkäufer die Vorauszahlungen des Käufers zurückzugewähren hat, woraus eine Auflösung des Vertrages zu entnehmen ist. Diese Gesetzesbestimmung vermag die gegenteilige Meinung, die in dem Recht eine revendication des Zurückbehaltungsrechts erblickt, nicht zu erklären[1]).

§ 9. Auswirkungen.

Die Bedeutung dieser beiden Theorien liegt in ihrer Auswirkung auf den obligatorischen Vertrag. Nach der Theorie

1) Außer diesen beiden Theorien über die rechtliche Natur der revendication wird von J. Blumenthal (Wibaux S. 290) noch die Eigentumstheorie vertreten, wonach der art. 576 code com. den art. 1583 code civil derogieren und die Zurückforderung auf Grund des bei dem Verkäufer verbleibenden Eigentums erfolgen soll. Diese Theorie ist ebensowenig haltbar wie die gleiche für die revendication des art. 2102—4° c. c. (oben S. 18—19).

der revendication des Zurückbehaltungsrechts bleibt der Vertrag bestehen. Für die andere von der herrschenden Meinung vertretenen Theorie ist die Auflösung des Vertrages der Grund der revendication.

Unter den Vertretern der letzteren Theorie herrscht Streit über die Auslegung des Absatz II, art. 576, und damit über den Umfang der Beschränkung der revendication gegen Dritte. Die Streitfrage lautet: ist die revendication gegen Dritte dann schon ausgeschlossen, wenn bei dem Verkauf die in Absatz II genannten Papiere dem zweiten Käufer nur vorgelegt sind[1]), oder müssen sie ihm übergeben worden sein?[2]). Es wird geltend gemacht, daß ein zweiter Käufer sein vertraglich erworbenes Eigentum leicht verlieren kann, wenn ein Dritter den tatsächlichen oder symbolischen Besitz durch Dispositionspapiere erlangt (art. 2279 I c. c.), und daß aus diesem Grunde schon der zweite Käufer von sich aus auf Uebergabe der Papiere drängen wird. Diese Frage berührt jedoch nicht das Verhältnis des ersten Verkäufers zu dem zweiten Käufer bezügl. der revendication, von dem im Absatz II allein die Rede ist. Aus demselben Grunde ist die Behauptung auch unzutreffend, eine symbolische Besitzübertragung auf Grund eines nicht vom Absender gezeichneten Konnossements resp. Frachtbriefes sei gegenüber der revendication gemäß Absatz II bedeutungslos. Das ist nicht der Zweck dieser Vorschrift, das allgemeine Prinzip des art. 2279 c. c. zu derogieren. Da die revendication auf Grund der Auflösung des Vertrages (art. 1184 c. c.) dann nicht gegen Dritte geltend gemacht werden kann, wenn diese gutgläubig den Besitz und sei es auch nur den symbolischen Besitz durch ein Dispositionspapier erlangt haben, so kann auch die revendication des art. 576 in denselben Fällen nicht gegen den zweiten Erwerber durchdringen. Das Erfordernis der Unterschrift des Verkäufers hat nicht den Zweck, die Veräußerung von auf der Reise befindlichen Waren zu erschweren[3]) und damit den art. 2279 einzuschränken, sondern im Gegenteil die entgegengesetzte Bedeutung, das Resolutions-

1) So Lyon-Caen et Renault, Traité Bd. VIII S. 161, Manuel S. 841/42, Komm. von Sirey Bd. II S. 335.

2) Wibaux S. 353.

3) So Wibaux S 355.

recht und die revendication des Verkäufers zu beschneiden. Während auf Grund der Auflösung des Vertrages im normalen Fall die Ware auch dann zurückgefordert werden kann, wenn ein gutgläubiger Dritter Eigentum nur durch Vertrag erworben hat und die Sache ihm noch nicht übergeben ist, soll in den Fällen des art. 576 im Interesse des Handels und der leichteren Veräußerlichkeit der Waren das Revendicationsrecht resp. die Auflösung schon dann ausgeschlossen sein, wenn bei dem Verkauf die von dem ersten Verkäufer unterzeichneten Urkunden vorgelegt worden sind, ohne daß der zweite Käufer den tatsächlichen resp. symbolischen Besitz erlangt hat. Der Grund ist darin zu sehen, daß mit der Zeichnung dieser Urkunden der Verkäufer so gestellt wird, als hätte er in einen Wiederverkauf eingewilligt und auf sein Revendicationsrecht gegenüber Dritten verzichtet. Diese Auslegung der Gesetzesbestimmung führt zu praktischen Ergebnissen, denn abgesehen davon, daß durch sie eine Erschwerung des Handels nicht bezweckt wird, sind nur so Teilverkäufe auf Grund eines Dispositionspapieres, das nicht geteilt werden kann, möglich und gegenüber der revendication geschützt[1]).

III. Das deutsche Verfolgungsrecht.

In dem Meinungsstreit über die rechtliche Natur berufen sich die Schriftsteller zur Begründung ihrer Ansicht teilweise auf das englische Rechtsinstitut, teilweise auf das französische und andererseits auch auf die geschichtliche Entwicklung des deutschen Verfolgungsrechts. Die vorangegangenen und die jetzt folgenden Ausführungen werden zeigen, daß die rechtliche Natur des deutschen Verfolgungsrechts weder mit dem right of stoppage in transitu, noch mit der revendication des art. 2102 – 4° c. c. oder der revendication des art. 576 c. de com., noch mit den vor ihm gültigen partikularrechtlichen Verfolgungsrechten zu vergleichen ist. Es beruht nicht auf dem Eigentum, nicht auf der Zurückforderung des Zurückbehaltungsrechts, nicht auf der Auflösung des Vertrages und des damit ex tunc zurückfallenden Eigentums. Es ist kein dingliches, sondern ein obligatorisches Recht. Es ist eine rein konkurs-

1) Lyon-Caen et Renault, Manuel S. 842.

rechtliche Vorschrift, ein Vorzugsrecht des unbezahlten Verkäufers resp. Einkaufskommissionärs, gerichtet gegen den Konkursverwalter auf Rückübertragung des Eigentums. Die Geschichte des deutschen Verfolgungsrechts spricht gegen diese Auffassung, die von der geltenden Rechtsordnung aus gewonnen ist. Es ist vor der Aufnahme in die deutsche Konkursordnung ein auf dem Eigentum beruhendes Recht gewesen. Die Geschichte des deutschen Verfolgungsrechts ist ein Ausschnitt aus der Geschichte des Eigentumsübergangs beim Kauf.

I. Geschichte und Vergleich.

§ 10. Geschichte.

Im deutschen Privatrecht des Mittelalters besteht die scharfe Unterscheidung zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten nicht. Der Kaufvertrag begründet für den Käufer schon eine Rechtsbeziehung zur Sache; dieses Recht auf Sachherrschaft ist jedoch nur eine Vorstufe des Sachenrechts. Das Sachenrecht selbst wird erst mit der Gewere begründet. Das Kennzeichen des Sachenrechts ist nicht, wie in unserer Rechtsordnung, seine Wirkung gegen Dritte, sondern seine Bekleidung mit der Gewere[1]). Die Wirkung gegen Dritte, wie z. B. die Klage des Eigentümers gegen den unrechtmäßigen Besitzer auf Herausgabe, bestand im deutschen Recht des Mittelalters auch dann, wenn ein Sachenrecht noch nicht begründet, wenn also dem „Eigentümer" die Sache noch nicht tatsächlich übergeben war, sondern nur ein Kaufvertrag bestand, denn schon eine Verletzung des hierdurch begründeten Rechts zur Sache löste diese Wirkung aus. Unter Sachenrecht verstand man die vollkommene Sachherrschaft, d. h. vor allem die Nutzung der Sache, die nur möglich war, wenn man sich rechtmäßig in dem unmittelbaren Besitz der Sache befand. Der Käufer würde demgemäß die Eigengewere durch die Uebergabe der Sache erlangen. Die Uebergabe und die Zahlung des Kaufpreises sollte jedoch Zug-um-Zug erfolgen[2]). Leistung und Gegenleistung standen in größerer Abhängigkeit als nach der geltenden Rechtsordnung. War aus tatsächlichen Gründen, z. B. wegen Geldmangel oder weil die Kontrahenten an ver-

1) Gierke Bd. II S. 608f.

2) H. Mitteis S. 209f.

schiedenen Orten wohnten, die Zug-um-Zug-Leistung nicht immer durchführbar, so wurde dadurch trotzdem die Rechtsstellung des Verkäufers, der sich in diesen Fällen aus Rücksichten gegen seinen Kunden zur Vorleistung veranlaßt sah, nicht verschlechtert. Er konnte die übergebene Ware zurückfordern, sobald der Käufer nicht zahlte oder flüchtig wurde. Beide Fälle setzten einen Barkauf voraus. Sie unterschieden sich in ihren Wirkungen gegenüber Dritten.

Solange der Kaufpreis nicht gezahlt war, hatte der Käufer nicht die Eigengewere, sondern nur die Gewere zur Leihe. Erfolgte die Zahlung des Kaufpreises nicht, so mußte die Leihgewere der vorbehaltenen stärkeren Eigengewere des Verkäufers weichen. Die Uebertragung der Gewere erfolgte unter der auflösenden Bedingung der sofortigen Kaufpreiszahlung, unter einem „Rückfallsgeding". Die Geltendmachung des Rückfallsgedings erfolgte durch die Rückforderungsklage, die eine „Klage um Gut" war, ebenso wie die Klage des Verleihers gegen den Entleiher nach Ablauf der Leihfrist[1]). Da der Besitz freiwillig aufgegeben ist, so kann die Ware von dem dritten Besitzer nicht zurückgefordert werden, gleichgültig ob er gut- oder schlechtgläubig, gegen Entgelt oder unentgeltlich den Besitz erworben hat (Hand-wahre-Hand-Prinzip).

War jedoch der Käufer flüchtig geworden, so war eine Zurückforderung auch von Dritterwerbern zulässig. Es war dies die konkursrechtliche Anwendungsform des Zurückforderungsrechts, denn mit der Flucht des zahlungsunfähigen Käufers war der Konkurs über sein Vermögen verbunden. Der Bankrott wurde im Mittelalter als ein Delikt aufgefaßt, als ein Diebstahl im erweiterten Sinne[2]). Hieraus ist es zu erklären, daß die Ware auch von dem Dritterwerber zurückgefordert werden konnte; gegen ihn stand dem Verkäufer die Anefangsklage zu, da es so angesehen wird, als ob der Verkäufer den Besitz der Ware unfreiwillig verloren hat. Es ist dabei gleichgültig, ob der Dritterwerber die Sache gut- oder schlechtgläubig erlangt hat. Diese deliktische Auffassung des Konkurses wirkt in anderen Formen bei der Begründung

---

1) H. Mitteis S. 217.
2) H. Mitteis S. 219.

der rechtlichen Natur des Verfolgungsrechts bis ins 19. Jahrhundert in den Partikularrechten nach.

Mit der Rezeption des römischen Rechts trat eine Aenderung in den Prinzipien der Fahrnisverfolgung ein. Die Ware konnte auch in dem Fall der bloßen Zahlungsunfähigkeit von dem Dritterwerber zurückgefordert werden, wenn dieser schlechtgläubig war; andererseits konnte die Ware im Konkursfall nicht von dem Dritterwerber zurückgefordert werden, wenn dieser gutgläubig und gegen Entgelt erworben hatte. Damit waren die Unterschiede zwischen den beiden oben dargestellten Arten der Zurückforderung beseitigt[1]). Man nahm das römischrechtliche Prinzip auf, wonach das Eigentum beim Barkauf erst mit der Tradition und der Zahlung des Kaufpreises[2]) überging. Nur in diesem Fall hatte der Verkäufer nach dem gemeinen Recht ein Zurückforderungsrecht[3]), wobei es gleichgültig war, ob der Käufer sich im Konkurs befand oder nicht. Dieses Zurückforderungsrecht war die rei vindicatio des Eigentümers.

Von dem Handelsstand[4]) wurde es als unbillig empfunden, dem Verkäufer dann ein Aussonderungsrecht aus der Konkursmasse zu versagen, wenn er auf Kredit verkauft hatte. Die Gerichtspraxis suchte dieser Anschauung gerecht zu werden und gab auch in diesem Fall dem Verkäufer ein Zurückforderungsrecht[5]). Damit war das römisch-rechtliche Prinzip durchbrochen. Diese Gerichtspraxis versuchten die Schriftsteller mit den Prinzipien des gemeinen Rechts in Einklang zu bringen[6]). Man merkt deutlich, wie sehr hier noch die mittelalterliche Auffassung von der Deliktsnatur des Konkurses nachwirkt. Der Käufer soll bei der Entgegennahme der Ware betrügerisch gehandelt haben; er wußte von seiner Zahlungsunfähigkeit, und daß deswegen der Verkäufer den vollen Kaufpreis niemals erhalten würde. Aus diesem Grunde soll er kein Eigentum erwerben[7]). Von anderen wird behauptet,

1) H. Mitteis S. 224.
2) Nachweise bei Silberstein, Z. f. HR. Bd. 81 S. 79 Note 4.
3) Silberstein a. a. O. S. 81.
4) Silberstein a. a. O. S. 84.
5) Entscheidung aus dem Jahre 1630, zit. bei Silberstein S. 86.
6) Silberstein S. 87.
7) Nachweis bei Silberstein S. 87 f. Anm. 21 u. 22, 1.

die Nebenverpflichtung des Verkäufers, die Kreditgewährung, sei betrügerisch erschlichen und deswegen sei sie nichtig, der Kauf als Barkauf anzusehen und deswegen eine Zurückforderung aus der Konkursmasse gerechtfertigt[1]). Es hat diesen Schriftstellern nicht an Gegnern gefehlt, von denen mit Recht ausgeführt wird[2]), daß ihre Begründung schlechterdings nicht mit den Prinzipien des gemeinen Rechts in Einklang zu bringen sei. Der dolus vermag den Eigentumsübergang nicht zu hindern. Es ist nicht Sache des Käufers, den Verkäufer in seine Vermögensverhältnisse einzuweihen, sondern Sache des Kreditgebers, sich über die Kreditwürdigkeit seines Kontrahenten zu erkundigen.

Diese Auffassung von der betrügerischen Handlungsweise des Gemeinschuldners ist dann in die Partikulargesetzgebung[3]) eingedrungen und hat zur Anerkennung des Verfolgungsrechts auch dann geführt, wenn der Verkäufer auf Kredit verkauft hat. Ferner war die Zurückforderung auch dann zugelassen, wenn die Waren kurze Zeit vor der Konkurseröffnung in den Besitz des Gemeinschuldners gelangt waren[4]). Die Fristen waren in den einzelnen Partikularrechten verschieden; es lag auch ihnen die mehr oder weniger deutlich im Gesetz ausgesprochene Auffassung zu Grunde, daß während dieser Zeit alle Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners in betrügerischer Absicht vorgenommen worden sind[5]). Dieser Gedanke ist auch unserer Konkursordnung nicht fremd und kehrt neben anderen Erwägungen in der zeitlichen Abgrenzung der Rechtshandlungen des Gemeinschuldners wieder, die vom Konkursverwalter angefochten werden können (§§ 30 ff. K. O.). Vielleicht lag diesen Fristen auch noch der andere Gedanke zu Grunde, daß der Verkäufer, der gegen Bar verkauft und dem Käufer nur die Gewere zur Leihe überlassen hat, so behandelt wird, als hätte er auf sein Rückfallsgeding verzichtet und dem Käufer

1) Nachweis bei Silberstein S. 90 Anm. 22, 2.

2) Nachweis bei Silberstein S. 91 bis 95; Goldschmidt, Z. f. HR. Bd. 8 S. 305.

3) Silberstein S. 95, 100; Goldschmidt, Handbuch S. 856 Note 2; Kohler, Lehrbuch S. 172.

4) Goldschmidt, Hdb. S. 864.

5) Nachweis bei Silberstein S. 96 f., S. 99; Goldschmidt, Z. f. HR. Bd. 8 S. 305.

die Eigengewere eingeräumt, wenn er nicht innerhalb dieser „Leihfrist" seine Kaufpreisforderung geltend macht.

Da nach der Auffassung der Partikulargesetzgebungen wegen der betrügerischen Handlungsweise des Gemeinschuldners das Eigentum nicht übergeht, so dringt diese Verfolgungsklage auch gegen schlechtgläubige Dritterwerber durch. Die Voraussetzungen sind jedoch in den Partikularrechten eingeschränkt[1]). Es wird hieraus von einem Schriftsteller gefolgert[2]), daß die Verfolgungsklage nicht auf dem Eigentum beruhen könne, denn dann müßte die Klage in jedem Fall gegen Dritte durchdringen. Er sieht in der partikularrechtlichen Verfolgungsklage ein singuläres Rechtsmittel des Verkäufers, das grundsätzlich nur dem Käufer resp. dem Konkursverwalter gegenüber wirksam ist, also nicht auf dem Eigentum beruht. Vom Standpunkt des gemeinen Rechts aus ist diese Auffassung richtig, denn nach seinen Prinzipien vermag der dolus beim Vertragschluß den Eigentumsübergang nicht zu hindern. Es muß jedoch berücksichtigt werden, daß in den Partikularrechten die deutschrechtlichen Prinzipien sich erhielten und damit auch die Auffassung über die Deliktsnatur des Konkurses. Der Käufer erwarb demnach nicht Eigentum. Ob der Dritterwerber Eigentum erwarb, hing davon ab, ob man die Handlungsweise des Käufers als Diebstahl oder als Betrug auffaßte. Es hat sich in den Partikulargesetzgebungen im Gegensatz zum Mittelalter die letztere Auffassung durchgesetzt und aus diesem Grunde ist eine Verfolgung gegen Dritte nicht schlechthin zulässig wie früher (und heute § 935 BGB) mit der Anefangsklage, sondern, da der Besitz freiwillig aufgegeben war, nur gegen schlechtgläubige Dritterwerber (heute § 932 BGB). Es ist aus diesen Gründen doch die Ansicht haltbar, daß die partikularrechtliche Verfolgungsklage grundsätzlich auf dem Eigentum des Verkäufers beruht[3]), wenn sie auch in einigen Partikularrechten, in denen römischrechtliche Prinzipien über den Eigentumsübergang gelten, als singuläre Vorschrift zum Schutz des unbezahlten Verkäufers im Konkurs des Käufers aufzufassen ist.

1) Silberstein S. 101.
2) Eisenlohr S. 14.
3) Silberstein S. 104.

§ 11. Vergleich mit den anderen Verfolgungsrechten.

Das deutsche Verfolgungsrecht ist also in früheren geschichtlichen Epochen ein auf dem Eigentum beruhendes Recht gewesen. Es wird deswegen auch von einigen Schriftstellern die Ansicht vertreten, das heute geltende Verfolgungsrecht sei ein dingliches Recht. Diese Ansicht ist jedoch, wie weiter unten zu zeigen sein wird, nicht haltbar. Eine Erklärung der rechtlichen Natur eines Rechtsinstituts muß in erster Linie von der geltenden Rechtsordnung, der es angehört, gefunden werden. Die geschichtliche Entwicklung ist nur insofern von Bedeutung, als dieselben Rechtsprinzipien, auf denen es früher beruhte, in das neue Rechtssystem übernommen worden sind.

Das heute geltende Verfolgungsrecht findet sich in der Konkursordnung. Der § 44 — gleichlautend mit § 36 der alten KO. — bestimmt die Voraussetzungen wie folgt:

„Der Verkäufer oder Einkaufskommissionär kann Waren, welche von einem anderen Orte an den Gemeinschuldner abgesandt und von dem Gemeinschuldner noch nicht vollständig bezahlt sind, zurückfordern, sofern nicht dieselben schon vor der Eröffnung des Verfahrens an dem Orte der Ablieferung angekommen und in den Gewahrsam des Gemeinschuldners oder einer anderen Person für ihn gelangt sind.

Die Bestimmungen des § 17 finden Anwendung."

Der Hauptunterschied in den Voraussetzungen zwischen diesem Verfolgungsrecht und dem partikularrechtlichen besteht darin, daß die Zurückforderung dann ausgeschlossen ist, wenn die Ware vor der Konkurseröffnung in den Gewahrsam des Gemeinschuldners gekommen ist. Andererseits geht das deutsche Verfolgungsrecht nicht soweit, die Zurückforderung auch dann auszuschließen, wenn die Waren nach der Konkurseröffnung angekommen sind und unterscheidet sich insofern von dem englischen Verfolgungsrecht. Mit dem französischen Verfolgungsrecht art. 576 c. de com. teilt es die Voraussetzung, daß die Waren sich entweder während der Konkurseröffnung auf dem transitus befinden oder erst nach der Konkurseröffnung in den Gewahrsam resp. die Warenlager des Käufers gekommen sind. Mit Recht hat man gesagt[1]), daß die revendication des

---

1) Silberstein S. 119.

art. 576 c. de com. und das deutsche Verfolgungsrecht eine Synthese darstellen zwischen dem älteren kontinentalen Verfolgungsrecht, das eine Zurückforderung auch dann zuließ, wenn die Waren vor der Konkurseröffnung in den Besitz des Gemeinschuldners gekommen sind, und dem englischen Verfolgungsrecht, das eine Zurückforderung ausschließt, auch wenn die Waren erst nach der Konkurseröffnung angekommen sind. Der Unterschied zum französischen Recht liegt darin, daß das deutsche Verfolgungsrecht sich über die Wirkung gegenüber Dritten ausschweigt, wohingegen das französische Recht die Verfolgung gegen Dritte zuläßt, wenn nicht die Voraussetzungen des art. 576 II vorliegen. Das deutsche Verfolgungsrecht geht auf das preußische Verfolgungsrecht zurück[1]) (§§ 26 bis 27 Pr. KO.), das seinerseits aus einer Verarbeitung des gemeinen deutschen und des französischen Rechts hervorgegangen ist. Nach dem preußischen Recht ist ebenfalls die Zurückforderung von Dritten unter bestimmten Voraussetzungen zugelassen. Es ist in der preußischen Rechtsordnung nicht als ein rein obligatorisches Recht, sondern als ein „Recht zur Sache" aufzufassen[2]).

2. Die verschiedenen Theorien.

Der Streit über die rechtliche Natur des Verfolgungsrechts knüpft nun gerade an die Frage an, ob die Zurückforderung auch von einem schlechtgläubigen Dritterwerber verlangt werden kann. Es ist selbstverständlich, daß die Frage dann zu bejahen ist, wenn der Dritte das Eigentum oder ein dingliches Recht an der Ware erst erworben hat, nachdem die Voraussetzungen des Verfolgungsrechts schon vorlagen, denn mit der Konkurseröffnung verliert der Gemeinschuldner das Verfügungsrecht über die zur Konkursmasse gehörenden Gegenstände (§ 6 KO.) und selbst ein gutgläubiger Erwerb an beweglichen Sachen ist nicht mehr möglich (§ 7 KO.). Die Frage ist also nur von Bedeutung für die Fälle, in denen jemand kurz vor der Konkurseröffnung, während die Waren sich noch auf der Reise befinden, „schlechtgläubig" Eigentum oder ein sonstiges dingliches Recht erwirbt. Schlechtgläubig

1) Silberstein S. 297; Jaeger, Kommentar Anm. 7 zu § 44.

2) Oetker S. 59.

wäre er dann, wenn er weiß oder grobfahrlässig nicht weiß (§ 932 II BGB.), 1. daß die Waren noch nicht vollständig bezahlt sind, 2. daß sein Verkäufer zahlungsunfähig ist und deswegen eine Konkurseröffnung bevorsteht.

Das Gesetz hat darüber keine Bestimmung getroffen und die Motive[1]) erklären: „Für eine Konkursgesetzgebung liegt keinerlei Anlaß vor, Bestimmungen über das Rechtsverhältnis des Dritten zu treffen". In der Literatur wird nun die Frage sowohl verneint wie bejaht, je nachdem, welche Theorie über die rechtliche Natur des Verfolgungsrechts vertreten wird. Entweder ist das Verfolgungsrecht ein dingliches Recht an der Sache haftend oder ein Gestaltungsrecht, das einen Eigentumsrückfall ex tunc begründet, oder es ist ein obligatorisches Recht mit dinglicher Wirkung: in allen diesen Fällen ist eine Zurückforderung von dem schlechtgläubigen Dritten zulässig; oder aber es ist ein rein obligatorisches Recht und die Zurückforderung in jedem Fall ausgeschlossen. Die verschiedenen Meinungen sollen kritisch dargestellt werden.

§ 12. Das Verfolgungsrecht ein Gestaltungsrecht ähnlich der restitutio in integrum.

Man ist sich einig darüber, daß das Verfolgungsrecht nicht auf dem Eigentum beruht. Es kann zwar auch der Eigentümer auf Grund von § 44 die Aussonderung verlangen, wenn die Voraussetzungen gegeben sind, wobei er dann nur sie zu beweisen braucht, nicht aber sein Eigentumsrecht, wie er es im Bestreitungsfall tun müßte, wenn er die Aussonderung auf § 43 stützen würde. Insofern würde ihm die leichtere Beweismöglichkeit des § 44 zugute kommen. Aber das eigentliche Verfolgungsrecht hat gerade dann eine praktische Bedeutung, wenn der Verkäufer sein Eigentum an der Ware bereits verloren hat, also besonders in den Fällen, in denen über die Ware ein handelsrechtliches Dispositionspapier, insbesondere ein Konnossement ausgestellt und dem Käufer übersandt worden ist. Seine rechtliche Natur gilt es festzustellen.

Von älteren Schriftstellern wird die Ansicht vertreten, die Verfolgungsklage sei eine Art Restitutionsklage[2]), die sich auf

1) Hahn Bd. 4 S. 169—170.

2) Goldschmidt Handbuch S. 869 f., Z. f. HR. Bd. 8 S. 304.

die natürliche Billigkeit gegen das strenge Recht gründe. Der Verkäufer soll in den früheren Zustand, wie er vor der Eigentumsübergabe bestand, zurückversetzt werden. „Die Klage ist eine reszissorische actio publiciana oder venditi". Ihre Wirkung ist an sich nicht Auflösung des Kaufvertrages, sondern nur die Reszission des Eigentumsübergangs und Rückerlangung des Besitzes. Diese ältere Auffassung wird auch in dem Entwurf vertreten[1]). Der erste Entwurf hatte die Ansicht vertreten, daß das Verfolgungsrecht die Auflösung des Kaufvertrages, wie im französischen Recht auch, in sich schließt. Der zweite Entwurf lehnt diese Auffassung ab; der Verkäufer solle nur das Recht haben, die Erfüllung ungeschehen zu machen, der Kaufvertrag aber bleibe bestehen. Der zweite Entwurf glaubt sich hiermit der englischen Rechtsidee anzuschließen, verkennt jedoch damit, daß das englische right of stoppage auf dem Eigentum des Verkäufers beruht und nicht ein Gestaltungsrecht ist. Dieselbe Ansicht wird ferner von Petersen-Kleinfeller[2]) vertreten, obwohl, wie er selbst sagt, der Wortlaut des Gesetzes dagegen spricht. Als Grund gibt er an, daß das Verfolgungsrecht, so wie es sich geschichtlich entwickelt hatte, aufrecht erhalten und auf das ganze deutsche Reich ausgedehnt werden sollte[3]). Auch eine ältere Entscheidung des RG (Bd. 8, S. 84 85) vertritt die wiedergegebene Meinung.

Mag diese Erklärung der rechtlichen Natur im System des gemeinen Rechts vielleicht haltbar sein, so doch nicht im System des heutigen bürgerlichen Rechts. Unser geltendes Recht kennt nicht die restitutio in integrum; derselbe Zweck wird zwar erreicht durch die ex tunc wirkende Anfechtung von Rechtsgeschäften (§ 142 BGB), jedoch kann die Verfolgungsklage mit diesem Gestaltungsrecht nicht verglichen werden. Wenn es ein Anfechtungsrecht wäre, so würde der Gesetzgeber es zum Ausdruck gebracht haben; es kann aber auch materiell kein Anfechtungsrecht sein, da grundsätzlich nur Rechtsgeschäfte, die auf Grund einer fehlerhaften Willensbildung zustande gekommen sind (§§ 119, 123 BGB), angefochten werden können.

---

1) Hahn Bd. 4 S. 168.

2) Kommentar Anm. 20 zu § 44; ferner auch Sarwey-Bossert Anm. 6 zu § 44; Sydow-Busch u. Krieg Anm. 3 zu § 44; v. Wilmowski Anm. 6 zu § 36.

3) Zweiter Entwurf Hahn Bd. 4 S. 166.

Dieser Tatbestand liegt aber bei dem Verfolgungsrecht nicht vor. Die Theorie, die in dem Verfolgungsrecht ein Gestaltungsrecht mit ex tunc wirkendem Eigentumsrückfall erblickt, muß aus diesen Gründen abgelehnt werden.

§ 13. Das Verfolgungsrecht ein dingliches Recht.

Von einigen Schriftstellern[1]) wird die Ansicht vertreten, das Verfolgungsrecht sei ein dingliches Recht. Staub[1]) stützt diese Behauptung darauf, daß es, weil es ein Aussonderungsrecht sei, gegen Dritte wirke und dadurch werde der dingliche Charakter bewiesen. Diese Begründung nimmt das was bewiesen werden soll, schon vorweg, denn es ist gerade streitig, ob das Verfolgungsrecht gegen Dritte wirkt. Er will sagen, jeder Aussonderungsanspruch setzt ein dingliches Recht voraus und deswegen weil das Verfolgungsrecht ein Aussonderungsrecht ist, so ist es ein dingliches Recht und wirkt gegen schlechtgläubige Dritterwerber. Diese Identifizierung von Aussonderungsanspruch und dinglichem Recht ist jedoch nicht zuläßig. Der Aussonderungsanspruch hat nur konkursrechtliche Bedeutung; aus der Istmasse soll die Sollmasse hergestellt werden. Wie bei der Interventionsklage (§ 771 ZPO) so erfolgt ebenfalls die Aussonderung im allgemeinen auf Grund eines dinglichen Rechts (§ 43 KO); der Gegenstand gehört nicht zur Konkursmasse und kann deswegen auch nicht zur Befriedigung der Konkursgläubiger verwendet werden. Ob ein dingliches oder „persönliches" Recht vorliegt, bestimmt sich jedoch nach den außerhalb des Konkursverfahrens geltenden Gesetzen (§ 43 KO). Der Aussonderungszweck kann aber auch durch ein obligatorisches Recht erreicht werden. Es ist deswegen die Beweisführung von Staub nicht haltbar. Er gibt selbst zu, daß beim Verfolgungsrecht die Aussonderung auf einen dem Gemeinschuldner gehörigen Gegenstand gerichtet ist. Dies gerade ist der Unterschied zwischen der Aussonderung auf Grund von § 43 — ein dem Gemeinschuldner nicht gehöriger Gegenstand — und von § 44 — ein dem Gemeinschuldner gehöriger Gegenstand. Will Staub den Beweis von

1) Staub, Kommentar Bd. 4 Anhang zu § 382 Anm. 100; Boyens-Levis Bd. 2 S. 332/33; Schap Anm. 15 zu § 647 HGB; Siegert Z. f. HR Bd. 83 S. 320 — 322.

der dinglichen Rechtsnatur des Verfolgungsrechts führen, so darf er sich nicht nur auf die Stellung dieses Rechtsinstituts im System der Konkursordnung berufen, sondern müßte nachweisen, daß trotz des Eigentumsübergangs noch ein dingliches Recht bei dem unbezahlten Verkäufer verbleibt, das nach der Konkurseröffnung geltend gemacht werden kann.

Diesen Nachweis versucht Siegert in einer höchst konstruktiven und sehr anfechtbaren Weise zu führen. Er führt aus[1]): „Das Rückforderungsrecht ist aufzufassen als ein dingliches Recht auf Rückerwerb des Eigentums. Es steckt in jedem Eigentumsrecht. Sendet daher der Verkäufer die Waren an den Käufer ab, ohne dessen Eigentum fortzugeben, so kann er außer der rei vindicatio auch einen Rückforderungsanspruch aus § 44 KO. geltend machen. Uebereignet er aber die Waren an den Käufer, so trennt sich das Rückforderungsrecht von dem Eigentumsrecht und bleibt dem bisherigen Eigentümer. Nach Eintritt des Konkurses verlangt dann der Verkäufer die Rückübereignung auf Grund dieses Rückforderungsrechts. – Das Rückforderungsrecht, wie es hier dargelegt ist, hat gegenüber der Staub'schen Auffassung, abgesehen von der größeren Einfachheit und Klarheit, noch den Vorzug, daß es sich im Rahmen rein deutscher Rechtsgebilde erklären läßt. Es steht rechtlich dem dinglichen Vorkaufsrecht, dem dinglichen Wiederkaufsrecht und dem Heimfallsrecht nahe. Auch diese belasten das an sich unbeschränkte Herrschaftsrecht des Eigentümers mit dem dinglichen Recht eines anderen, unter bestimmten Voraussetzungen die Uebertragung des Eigentums an den Berechtigten zu verlangen. – Es mag vielleicht auffallen, daß das Rückforderungsrecht unter den hier genannten Anwartschaftsrechten das einzige Recht ist, das auf Erwerb beweglicher Sachen gerichtet ist. Bei den übrigen Rechten ist die Anwartschaft durch Eintragung im Grundbuch gesichert. Wie aber diese Rechte trotz Eintragung nicht wirksam werden können, bis der Verkaufsfall oder der Termin für den Heimfall eintritt, so wird auch das Rückforderungsrecht nicht eher ausgelöst, als der Konkurs über das Vermögen des Gemeinschuldners eröffnet ist".

1) Z. f. HR Bd. 88 S. 321 f.

Siegert wollte die rechtliche Natur des Verfolgungsrechts von der deutschen Rechtsordnung aus erklären[1]). Das ist ihm nicht gelungen. Unsere Rechtsordnung kennt kein Anwartschaftsrecht an beweglichen Sachen. Die Analogie mit den dinglichen „Anwartschaftsrechten" an Grundstücken ist nicht durchführbar. Abgesehen davon, daß diese Rechte eine andere wirtschaftliche Bedeutung haben als das Verfolgungsrecht des unbezahlten Verkäufers, übersieht Siegert, daß zur Begründung dieser Rechte ein Kenntlichkeitsakt, die Eintragung ins Grundbuch, hinzutreten muß. Unser geltendes Sachenrecht ist von dem deutschrechtlichen Kenntlichkeitsprinzip beherrscht. Die wenigen dinglichen Rechte an beweglichen Sachen, die unsere Rechtsordnung kennt (Nießbrauch, Pfandrecht), setzen den unmittelbaren Besitz voraus (§ 1032, § 1205 BGB.). Wäre das Verfolgungsrecht ein dingliches Recht, wenn auch nur ein dingliches Anwartschaftsrecht, so müßte es mit dem Besitz verbunden sein. Aber auch als gesetzliches Pfandrecht, an das man vielleicht denken könnte, ist das Verfolgungsrecht nicht konstruierbar. Hier wäre zwar der Besitz nicht Voraussetzung, jedoch würde der Gesetzestext anders lauten, und vor allem würde der Gesetzgeber es unter die Rechte, die die Absonderung begründen (§§ 47 f. KO.), eingereiht haben. Als Vertreter der dinglichen Rechtsnatur könnte man, was Siegert allerdings nicht tut, auf die Geschichte verweisen und sie durch die bei dem Verkäufer zurückgebliebene Eigengewere erklären (oben S. 29). Aber auch diese Begründung wäre falsch; denn in unsere Rechtsordnung ist nicht der Begriff der Gewere für das Fahrnissachenrecht aufgenommen worden. Dieser Gedanke der zurückgebliebenen Eigengewere (ideelle Gewere) scheint dem englischen Verfolgungsrecht und der revendication des art. 2102—4° zu Grunde zu liegen. Es ist hier nur insofern modifiziert, als es dann nicht mehr besteht, wenn die Ware in den unmittelbaren Besitz des Käufers gekommen ist oder 8 Tage seit der Ablieferung verstrichen sind.

Zusammenfassend ist zur Widerlegung der Dinglichkeitstheorie zu sagen: Das Verfolgungsrecht begründet zwar einen Aussonderungsanspruch, jedoch ist die Gleichsetzung von Aussonderungsanspruch und dinglichem Recht nicht zulässig. Die

1) a. a. O. S. 303.

Aussonderung kann auch auf Grund eines obligatorischen Rechts erfolgen. Ein dingliches Anwartschaftsrecht auf Eigentumsrückübertragung ist es deswegen nicht, weil es nicht mit dem Besitz verbunden ist und damit dem Kenntlichkeitsprinzip unserer Rechtsordung widersprechen würde.

§ 14. Das Verfolgungsrecht ein obligatorisches Recht mit dinglicher Wirkung.

Von anderen Schriftstellern[1]) wird die Ansicht vertreten, das Verfolgungsrecht sei zwar grundsätzlich nur ein Forderungsrecht auf Rückübereignung, jedoch mit dinglicher Wirksamkeit ausgestattet und gewähre deswegen ein Aussonderungsrecht. Es ist eine actio venditi oder mandati auf Rückübertragung des Eigentums, die zu einer vindicatio utilis gesteigert ist[2]). — Auch diese Auffassung ist nicht haltbar. Unsere Rechtsordnung kennt zwar obligatorische Rechte, die durch dingliche Wirkung verstärkt sind (§§ 556 III, 571, 604 IV BGB.). Jedoch sind dies Ausnahmen von dem in unsere Rechtsordnung aufgenommenen römisch-rechtlichen Prinzip der scharfen Trennung der obligatorischen und englischen Rechte und als solche auch dadurch gekennzeichnet, daß diese dingliche Wirkung ausdrücklich im Gesetz hervorgehoben ist. Wäre das Verfolgungsrecht eine solche Ausnahme, so müßte auch bei ihm die Wirkung gegenüber Dritten vom Gesetz bestimmt sein. Daraus, daß es einen Aussonderungsanspruch begründet, kann die dingliche Wirksamkeit nicht hergeleitet werden (oben S. 37).

§ 15. Das Verfolgungsrecht ein obligatorisches Recht.

Von der herrschenden Meinung[3]) wird die Ansicht vertreten, das Verfolgungsrecht sei ein obligatorisches Recht. Es habe nur Bedeutung für den Konkurs und sei ein auf dem Gesetz beruhendes Konkursprivilegium des unbezahlten Verkäufers. Der Inhalt dieses Rechts wird im allgemeinen darin

1) Gierke Bd. 2 S. 611 Anm. 22; Kohler, Leitfaden S. 115, Lehrbuch S. 175/176.

2) Kohler, Lehrbuch S. 175/176; Dernburg Bd. 1 S. 606.

3) Jaeger Anm. 8 9 zu § 44; Oetker S. 48—49, 53; Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 231; Gerhard Pott S. 28—30; Fitting S. 265—267; Förster-Eccius Bd. 1 § 118 Note 3; Silberstein, Z. f. HR. Bd. 81 S. 357; RG. 41. 334.

gesehen, daß der Verkäufer die Ware zurückverlangen, d. h. die Besitz- und Eigentumsübertragung von dem Konkursverwalter verlangen kann. Nach Jaeger[1]) beruht die schuldrechtliche Verbindlichkeit zur Rückgewähr auf dem Rücktritt vom Kaufvertrag. Das Verfolgungsrecht erscheint im Rahmen des bürgerlichen Rechts „als ein besonders gearteter Fall des gesetzlichen Rücktritts vom gegenseitigen Vertrag". Zu dieser Auslegung sollen Fassung und Zweck des Gesetzes führen.

Diese Ansicht des gesetzlichen Rücktrittsrechts wird von allen übrigen Vertretern der obligatorischen Rechtsnatur nicht angenommen, sondern der Vertrag als weiterbestehend behandelt[2]). Es ist auch nicht einzusehen, weshalb im Rahmen des bürgerlichen Rechts ein gesetzliches Rücktrittsrecht die beste Erklärung für die Zurückforderung der Ware bilden soll. Von dem bürgerlichen Recht und insbesondere von der Konkursordnung aus muß man zu der entgegengesetzten Meinung kommen; denn prinzipiell werden Verträge durch die Konkurseröffnung nicht aufgelöst; die deutsche Rechtsordnung kennt kein allgemeines Auflösungsrecht, wenn eine Partei ihre Verpflichtung nicht erfüllt, wie die französische Rechtsordnung art. 1184 c. c. Es würde bei einem gesetzlichen Rücktritt vom Vertrag ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung des Vertrages auch nicht geltend gemacht werden können, was eine unbillige Konsequenz dieser Auffassung wäre, die Jaeger allerdings selbst nicht teilt[3]).

Von Oetker, der grundsätzlich die Theorie der obligatorischen Rechtsnatur des Verfolgungsrechts teilt, wird die Ansicht vertreten, daß durch die Geltendmachung des Verfolgungsrechts der Konkursverwalter nur verpflichtet sei, den Besitz aufzugeben[4]). „Aussonderung aus der Masse ist Besitzaufgabe seitens des Verwalters; sie ist nicht Tradition. Die Aussonderung aus der Masse steht völlig auf einer Stufe mit der Freigabe aus dem Pfandverband. Es ist die Zwischenklage § 771 ZPO." Es ist also der Konkursverwalter zur Eigentumsrückübertragung nicht verpflichtet; sein Eigentum

1) Jaeger § 44 Anm. 8—9.
2) oben S. 40 Anm. 3.
3) Jaeger Anm. 25 zu § 44; unten S. 48.
4) Oetker S. 87, 111, 113.

kann der Verkäufer nur von dem Gemeinschuldner zurückverlangen [1]).

Diese Ansicht kann nicht geteilt werden. Oetker müßte zu dem seltsamen Ergebnis kommen, daß nach der Besitzaufgabe von Seiten des Konkursverwalters die Ware zwar nicht mehr zur Istmasse, wohl aber zur Sollmasse gehört, jedoch nicht verwertet werden kann, und daß der Verkäufer zwar Besitzer, aber nicht Eigentümer ist und also deswegen die Waren auch zur Befriedigung seiner Kaufpreisforderung nicht verwenden kann. Es ist nicht einzusehen, weshalb der Konkursverwalter an Stelle des Gemeinschuldners die Rückübertragung des Eigentums nicht sollte vornehmen können, da doch nur er über die Massegegenstände verfügungsberechtigt ist (§ 6 KO.) und es sich hier doch um Befriedigung eines Konkursgläubigers handelt. Oetker verkennt den Unterschied zwischen der Aussonderung auf Grund von § 43 und auf Grund von § 44. Im ersten Fall gehört der Gegenstand nicht zur Sollmasse; hier genügt deswegen die Besitzaufgabe. Im zweiten Fall gehört der Gegenstand zur Sollmasse, seine bloße Besitzaufgabe würde die Zugehörigkeit zur Sollmasse nicht beseitigen; hierzu gehört außer der Besitzaufgabe noch eine Eigentumsrückübertragung. Deswegen ist wohl der § 43 mit der Zwischenklage (§ 771 ZPO.) zu vergleichen, nicht aber der § 44. Unverständlich und im Widerspruch mit seinen oben zitierten Ausführungen ist folgender Satz, der den Unterschied zwischen § 43 und § 44 erläutern soll: „Der Unterschied beruht nur darin, daß das Objekt des Verfolgungsrechts vom Momente der Konkurseröffnung bis zur Entstehung des Rückforderungsrechts [2]) zur Sollmasse, von diesem Zeitpunkt bis zur Aussonderung dagegen nur zur faktischen Masse gehört" [3]).

Ferner kommen Oetker [4]) und mit ihm einige andere Schriftsteller [5]) zu dem unbilligen Ergebnis, daß der Verkäufer

---

1) Oetker S. 122 f.

2) Es entsteht nach Oetker (S. 48/49) erst mit seiner Geltendmachung, nicht schon, wie allgemein und auch richtiger angenommen wird, mit der Konkurseröffnung.

3) Oetker S. 97.

4) Oetker S. 111, S. 127; nach ihm kann der Konkursverwalter die Rückzahlung nicht verlangen, wohl aber der Gemeinschuldner, S. 125, 127.

5) So z. B. Petersen-Kleinfeller Anm. 19 zu § 44.

trotz Geltendmachung des Verfolgungsrechts geleistete Teilzahlungen nicht zurückzuzahlen braucht, da der Vertrag bestehen bleibt.

3. Erklärung der rechtlichen Natur.

§ 16. Gleichartigkeit der rechtlichen Natur des Anfechtungs- und des Verfolgungsrechts.

Es soll nun eine Erklärung der rechtlichen Natur des Verfolgungsrechts gegeben werden, die den Prinzipien der geltenden Rechtsordnung nicht widerspricht und die andererseits die unbilligen Konsequenzen der herrschenden Meinung nicht zu ziehen braucht.

Bei der kritischen Darstellung der verschiedenen Theorien sind bereits die Gründe angeführt worden, weswegen das Verfolgungsrecht ein dingliches Recht oder ein Gestaltungsrecht nicht sein kann. Dieselben Gründe führen zur Ablehnung irgendeines Vergleichs mit der rechtlichen Natur des right of stoppage oder der revendication. Unsere Rechtsordnung kennt nicht die Begriffe general und special (oder qualified) property. Unsere Rechtsordnung hat nicht das Prinzip der Vertragsauflösung mit ex tunc wirkendem Eigentumsrückfall aufgenommen (art. 1184 c. c.). Das, was man aus dem französischen und englischen Recht für das deutsche Verfolgungsrecht übernommen hat, ist nur die rechtspolitische Erwägung, daß der Schutz des Verkäufers nicht auf Kosten der Handelsinteressen, deren Fundament der Kredit bildet, gehen darf und deswegen eine Zurückforderung dann ausgeschlossen ist, wenn die Waren vor der Konkurseröffnung in den Gewahrsam des Käufers gelangt sind.

Sobald nach der deutschen Rechtsordnung Eigentum vorbehaltlos übertragen ist, besteht für den Verkäufer kein Recht mehr an der Sache, selbst wenn der Kaufpreis nicht bezahlt ist. Dingliche und obligatorische Rechte sind in unserer Rechtsordnung streng geschieden. Es bliebe also grundsätzlich dem Verkäufer im Konkurs des Käufers nur ein Dividendenanspruch für seine Kaufpreisforderung. Jedoch kann der Gesetzgeber dem Verkäufer aus den in der Einleitung dargelegten Erwägungen heraus eine bevorzugte Stellung gegenüber den anderen Gläubigern einräumen. Er kann die Wirkung

der Eigentumsübertragung, die in der Zugehörigkeit zur Konkursmasse (Sollmasse) besteht, rückgängig machen, indem er dem Verkäufer das Recht gibt, von dem Konkursverwalter unter bestimmten Voraussetzungen die Aussonderung aus der Sollmasse, d. h. die Eigentumsrückübertragung zu verlangen, damit also die Sollmasse zu verringern. Der Zweck dieser Rückübereignung ist nicht in erster Linie darin zu sehen, daß der Verkäufer sich selbst aus seiner Ware für seinen Kaufpreis soll befriedigen können, denn hierfür würde ein gesetzliches Pfandrecht ausgereicht haben, sondern es soll die endgültige Sollmasse, die zur Befriedigung der übrigen Konkursgläubiger dient, hergestellt werden. Deswegen begründet das Verfolgungsrecht einen Aussonderungsanspruch. Die Entscheidung darüber, ob die Ware weiter zur Sollmasse gehören soll oder nicht, liegt bei dem Verkäufer, zu dessen Gunsten dieser Aussonderungsanspruch gegeben ist.

Es ist von einigen Schriftstellern [1]) gesagt worden, das Verfolgungsrecht des Verkäufers bilde das Gegenstück zum Anfechtungsrecht des Konkursverwalters. Es ist eigenartig genug, daß dieser so naheliegende Gedanke, der auch in der geschichtlichen Entwicklung seine Bestätigung findet (oben S. 31—32), nicht zur Erklärung der rechtlichen Natur des Verfolgungsrechts benutzt und die Parallele nicht weiter ausgezogen worden ist. Tatsächlich gelangt man auf diese Weise zu den annehmbarsten Ergebnissen.

Das Anfechtungsrecht ist dem Konkursverwalter im Interesse der Gläubigerschaft gegeben, denn es dient dazu, die Sollmasse zu vergrößern. Die Wirkungen gewisser Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, durch die eine, wenn auch formell gültige, jedoch materiell den Konkursgläubigern gegenüber als unbillig empfundene Entfremdung von Gegenständen des Gemeinschuldnervermögens eingetreten ist, sollen rückgängig gemacht werden. Deswegen hat der Konkursverwalter im Interesse der Gläubigerschaft gegen den Kontrahenten des Gemeinschuldners oder unter bestimmten Voraussetzungen gegen dessen Rechtsnachfolger (§ 40 KO.) einen obligatorischen

---

1) Oetker S. 145; Goldschmidt, Handbuch S. 869/70; K. Adler, Z. f. HR. Bd. 86 S. 323.

Rückgewähranspruch [1]) (§ 37 KO.) auf Rückübertragung der durch die anfechtbare Rechtshandlung erlangten Gegenstände, wodurch die Sollmasse vermehrt wird.

Bei dem Verfolgungsrecht bestehen zwar andere Voraussetzungen, aber es handelt sich um dasselbe Prinzip, nämlich die als unbillig empfundenen Folgen von formell gültigen Rechtsgeschäften aus der Zeit kurz vor der Konkurseröffnung im Interesse der Gläubigerschaft resp. einer bestimmten Gläubigergruppe rückgängig zu machen. Hier soll im Interesse eines einzelnen Gläubigers auf Kosten der Gläubigerschaft die Sollmasse verringert werden, weil die Eigentumsübertragung und die Zugehörigkeit zur Sollmasse als unbillig vom Gesetzgeber empfunden wird. Es ist deswegen dem Verkäufer ein Rückgewährungsanspruch gegen den Konkursverwalter, der allein über die Gegenstände der Sollmasse verfügungsberechtigt ist, gegeben. Das Gesetz spricht zwar nicht von einer Anfechtung der Eigentumsübertragung, sondern nur von einer Zurückforderung, aber auch in den §§ 29 ff. KO. ist das Wort Anfechtung nicht im juristisch-technischen Sinne zu verstehen, da diese Rechtshandlungen nicht auf einer fehlerhaften Willensbildung beruhen. Zusammenfassend ist die rechtliche Natur des Verfolgungsrechts wie folgt zu bestimmen: Es ist ein obligatorisches Recht ex lege gerichtet gegen den Konkursverwalter auf Rückübereignung der Waren. Das Verfolgungsrecht ist zwar in seiner Wirkung das Gegenstück zum Anfechtungsrecht des Konkursverwalters, jedoch beruhen beide auf demselben Prinzip und beide haben dieselbe rechtliche Natur. Sie dienen demselben Zweck, aus Billigkeitsgründen die Sollmasse zu ändern und die endgültige Sollmasse, die zur Befriedigung der Gläubiger dient, herzustellen. Durch die Anfechtung wird zu Gunsten der Gläubigergesamtheit die Sollmasse vergrößert, durch das Verfolgungsrecht wird zu Gunsten eines einzelnen Gläubigers die Sollmasse verringert.

---

1) Es ist zwar bestritten, ob der Anfechtungsanspruch ein Forderungsrecht ist und also nur schuldrechtliche Wirksamkeit hat, wie von der h. M. angenommen wird, oder ein dingliches Recht. Jaeger, Anm. 10 f. zu § 29; diese Streitfrage braucht hier jedoch nicht eingegangen zu werden; der Verf. vertritt die h. M.

4. Auswirkungen auf Streitfragen.

Diese Auffassung von der rechtlichen Natur des Verfolgungsrechts wirkt sich auf einige Streitfragen wie folgt aus:

§ 17. Der Verfolgungsberechtigte und sein Verhältnis zum Konkurs.

Wie bei der Anfechtung ist der Inhalt des Rechts nicht nur Besitzeinräumung, wie Oetker annimmt, sondern Eigentumsrückübertragung [1]). Ferner wird durch Geltendmachung des Rechts das Vertragsverhältnis nicht berührt, der Vertrag bleibt also bestehen, ebenso wie bei der Anfechtung, § 39 KO. [2]).

Es ist streitig, ob das Verfolgungsrecht durch das Erfüllungsverlangen des Konkursverwalters, § 44 II KO., auch dann beseitigt werden kann, wenn die Voraussetzungen des § 17 (Nichterfüllung oder nicht vollständige Erfüllung) nicht vorliegen, weil der Verkäufer schon vollständig erfüllt hat. Ueber diesen Streit und diese enge Auslegung des § 44 II von denjenigen, die die Frage verneinen, muß man sich wundern. Die Vorschrift will nur besagen, daß die Erfüllung stets verlangt werden kann und zum mindesten eine bewirkte Erfüllung aufrecht erhalten werden kann. Jaeger [3]) wendet ein, daß bei dieser weiteren Auslegung, die gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes verstoßen würde, der Verkäufer event. schlechter gestellt werden könnte, denn wenn seine Kaufpreisforderung in diesem Fall auch zu den Masseschulden § 59 Ziffer 2 gehört, so ist damit noch nicht gesagt, daß er sie in voller Höhe ausgezahlt bekommt. Dies Ergebnis kann bei einer sehr geringen Konkursmasse eintreten (§ 60 KO.), und dadurch würde allerdings die Vorzugsstellung des Verkäufers verschlechtert werden. Aber zu welch' absurdem Ergebnis kommt man bei dieser engen Auslegung: derjenige Verkäufer, der sich seiner Ware ganz begeben hat, der vollkommen erfüllt hat und mit keinem Faden mehr an der Ware hängt, sollte besser gestellt sein — er kann die Ware zurückverlangen — als derjenige, der noch nicht ganz erfüllt hat, in dessen Eigentum noch die restlichen Waren stehen und der nur einen Masse-

1) So auch die meisten, oben S. 40 Anm. 3.

2) Anders Jaeger, Anm. 8 zu § 44.

3) Anm. 21 u. 22 zu § 44.

anspruch erhält, der event. niedriger ist als die Kaufpreisforderung. Das umgekehrte Ergebnis wäre sicherlich gerechter und zweckmäßiger; denn nicht nur Billigkeitserwägungen sprechen dafür, sondern auch wirtschaftliche Gründe, denn eine Zurückforderung der Waren ist in der Regel mit einem Rücktransport und besonderen Kosten verbunden. Nach der hier vertretenen Ansicht kann der Konkursverwalter in beiden Fällen Erfüllung verlangen [1]).

Eine andere, viel erörterte Frage ist die, ob der Verkäufer bei Geltendmachung des Verfolgungsrechts die geleisteten Anzahlungen und Vorschüsse zurückzahlen muß. Da Jaeger in dem Verfolgungsrecht einen gesetzlichen Rücktritt vom Vertrage sieht, so muß nach ihm der Verkäufer die Teilzahlungen zurückleisten [2]). Einige Schriftsteller [3]) erkennen eine Rückzahlungspflicht des Verkäufers nicht an. Da der Vertrag bestehen bleibt, so kann der Verkäufer behalten, was er auf Grund des Vertrages empfangen hat. Dieses Ergebnis ist sicherlich unbillig, und es ist deswegen auch von einigen Schriftstellern, obgleich nach ihrer Ansicht der Vertrag bestehen bleibt, eine Rückzahlungspflicht angenommen worden. Eine Begründung wird meistens nicht gegeben [4]) oder darin gesehen, daß der Zustand hergestellt werden soll, der vor der beiderseitigen Erfüllung bestand [5]). Nach Staub [6]) ergibt sich die Rückzahlungspflicht aus § 812 I S. 2 BGB. Diese Schriftsteller setzen sich in Widerspruch mit ihrer Auffassung, denn das auf Grund des Vertrages Empfangene braucht grundsätzlich nicht zurückgegeben zu werden, wenn der Vertrag bestehen bleibt.

Auch bei dieser Streitfrage bewährt sich die hier vertretene Auffassung von der rechtlichen Natur des Verfolgungsrechts. Da es im Grundprinzip mit dem Anfechtungsrecht

---

1) Im Ergebnis wie hier: Petersen-Kleinfeller, Anm. 17 zu § 44; v. Sarwey-Bossert, Anm. 9 zu § 44; Kohler, Lehrbuch S. 176, Leitfaden S. 115 Note 1; Seuffert § 16 Note 20; wie Jaeger auch Oetker Z. Z. 9. Bd. 14 S. 29 f (früher wurde von ihm, Verfolgungsrecht S. 21, die entgegengesetzte Meinung vertreten); Staub, Anm. 111.

2) Anm. 8, 26 u. zwar auf Grund §§ 346 f. mit § 327 BGB.

3) So Petersen-Kleinfeller, Anm. 19 zu § 44.

4) Oetker S. 125, 127.

5) Kohler, Lehrbuch S. 176/77, Leitfaden S. 115.

6) Anm. 115 zum Anhang zu § 382.

des Konkursverwalters übereinstimmt, so können auch dessen Auswirkungen analog auf das Verfolgungsrecht angewandt werden. Bei der Anfechtung von Rechtshandlungen haben beide Teile die empfangenen Leistungen zurückzugewähren (§§ 37, 38 KO., § 8 Anf.-Ges.). Diese Vorschrift ist analog auf das Verfolgungsrecht anwendbar. Es soll der Zustand hergestellt werden, als wäre nicht geleistet worden, jedoch unter Aufrechterhaltung der vertraglichen Bindung.

In der Literatur [1]) wird allgemein angenommen, daß dem Verkäufer wegen der Kosten, die durch Ausübung des Verfolgungsrechts entstanden sind und wegen eines event. Preissturzes der Waren ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung des Vertrages zusteht (§ 26 KO). Dieser Schadensersatzanspruch ist als Konkursforderung geltend zu machen. Diese Ansicht ist haltbar, wenn man davon ausgeht, daß durch die Ausübung des Verfolgungsrechts der Vertrag unberührt bleibt und wird deswegen auch hier geteilt. Auch von Jaeger [2]) wird diese Ansicht vertreten, womit er sich allerdings in Widerspruch mit seiner Auffassung vom gesetzlichen Rücktritt vom Vertrage setzt, denn nach den Prinzipien des BGB. ist bei Vertragsbruch des einen Teils neben anderen Rechtsbehelfen nur ein Schadensersatzanspruch oder ein Rücktrittsrecht vom Vertrag gegeben, nicht aber beide Rechtsmittel gleichzeitig (§§ 325, 326 BGB).

§ 18. Der Verfolgungsberechtigte und sein Verhältnis zu Drittbesitzern.

Bei der Frage, ob der Verfolgungsberechtigte auch von einem Drittbesitzer die Ware herausverlangen kann, muß unterschieden werden, ob der Dritte die Ware auf Grund eines dinglichen oder auf Grund eines obligatorischen Rechts besitzt.

Gegen den dinglich Berechtigten, sei es der Eigentümer, sei es der zum Pfand oder zum Nießbrauch Berechtigte, dringt das Verfolgungsrecht als obligatorisches Recht nicht durch, gleichgültig, ob er gut- oder schlechtgläubig sein dingliches Recht von dem Käufer erworben hat. Dieses Ergebnis er-

1) So Staub, Anm. 114 a. a. O.; Petersen-Kleinfeller Anm. 18 zu § 44.
2) Anm. 25.

scheint unbillig, aber ist es nicht weniger als die Feststellung, daß ein Käufer die Kaufsache nicht von einem zweiten Käufer herausverlangen kann, der, obgleich er weiß, daß die Sache bereits verkauft war, sie dennoch erworben hat. Dieses Ergebnis ist nicht einer falschen Auffassung über die Rechtsnatur des Verfolgungsrechts zuzuschreiben, sondern in unserer Rechtsordnung begründet, die, anders als die französische und englische Rechtsordnung, dingliche und obligatorische Rechte streng voneinander scheidet. Das was Jhering[1]) vor der Einführung des BGB als Vermutung ausgesprochen hat: „Nach allen Anzeichen, die in dieser Richtung vorliegen, bin ich überzeugt, daß das, was ich hier bloß als eine mögliche, denkbare Rechtsgestaltung hingestellt habe, nämlich die Ausdehnung der in personam actio auf den bösgläubigen Erwerber des Obligationsobjekts, in nicht zu langer Zeit geltendes Recht sein dürfte", hat sich leider nicht erfüllt. Die Frage, ob das Verfolgungsrecht auch gegen schlechtgläubige Dritte wirkt, ist bei der Erklärung seiner rechtlichen Natur von den Vertretern der verschiedenen Theorien zu sehr in den Vordergrund gestellt worden und um in dieser Frage ein günstiges Ergebnis zu haben[2]), hat man bewußt oder unbewußt das Verfolgungsrecht als ein dingliches Recht konstruiert. Man kann jedoch dem Verkäufer auf andere Weise zu Hilfe kommen, ohne deswegen die richtigere Auffassung aufgeben zu müssen. Im allgemeinen wird in diesen Fällen, auch wenn der Erwerb gutgläubig erfolgte, dem Verkäufer die Ersatzforderung gegen den Dritterwerber oder ein Masseanspruch zustehen § 46 KO. Nur wenn der Erwerb unentgeltlich erfolgte oder die Forderung schon vor der Konkurseröffnung von dem Gemeinschuldner eingezogen wurde, bedarf der Verkäufer eines besonderen Schutzes. Nun kann zwar die Analogie mit dem Anfechtungsrecht nicht auch auf das Verfolgungsrecht in diesen Fällen angewandt werden und dem Verkäufer ein Zurückforderungsrecht gegen den Dritterwerber dann gegeben werden, wenn bei diesem die Voraussetzungen des § 40 vorliegen. Diese Ausdehnung des Verfolgungsrechts wäre deswegen nicht zulässig, weil eine beschränkt dingliche Wirkung eines obligatorischen Rechts im

1) Jherings Dogmatische Jahrbücher Bd. 10 (1871) S. 321.
2) So besonders Siegert a. a. O. S. 303, 311.

Gesetz stets ausgedrückt sein muß, was wohl im Interesse der Gesamtgläubiger bei der Anfechtung geschehen ist, nicht aber bei dem Verfolgungsrecht und zwar deswegen nicht, wie die Motive[1]) mit Recht hervorheben, weil es nicht Aufgabe einer Konkursgesetzgebung ist, „Bestimmungen über das Rechtsverhältnis des Dritten zu treffen". In den oben genannten Fällen aber steht in der Regel dem Konkursverwalter die Anfechtung (§§ 31 Ziff. 1, 32 Ziff. 1) zu, und auf diesem Umwege erhält der Verkäufer seine Waren zurück. Es könnte aber auch der Verkäufer direkt gegen den Dritterwerber auf Schadensersatz und damit auf Herausgabe der Waren (Naturalrestitution) auf Grund von § 826 BGB klagen.

Wenn der Dritte zum Besitz der Waren auf Grund eines Vertrags berechtigt ist, so sind für die Frage, ob der Verkäufer von ihm die Herausgabe verlangen kann, wiederum zwei Fälle zu unterscheiden. Der Dritte, der gewöhnlich eine Transportperson (Spediteur, Frachtführer, Schiffer) sein wird, kann mit dem Verkäufer oder auch mit dem Käufer in einem Vertragsverhältnis stehen. Im ersten Fall kann der Verkäufer auf Grund des Vertrages die Ware anhalten lassen resp. zurückfordern; im zweiten Fall bleibt ihm nur die Möglichkeit, eine einstweilige Verfügung (§ 935 ZPO) zu erwirken, um dadurch eine evtl. Veräußerung der Ware an einen Dritten zu verhindern; von der Transportperson könnte er das Anhalten der Ware oder die Herausgabe nicht verlangen, da das Verfolgungsrecht nur ein obligatorisches Recht mit Wirkung gegen den Konkursverwalter ist. Nach der Dinglichkeitstheorie ist eine Zurückforderung stets zulässig[2]). Es wird von Siegert[3]) behauptet, daß dieses gerechte und wirtschaftlich günstige Ergebnis für die Dinglichkeitstheorie spreche, ebenso wie das engl. Verfolgungsrecht, das gerade zur Anhaltung der Waren auf dem Transport diene und es deswegen merkwürdig wäre, „wenn wir die Anwendung des Rückforderungsrechts gerade in den vom engl. Recht am meisten ins Auge gefaßten Fällen unmöglich machten". Siegert verkennt damit, daß nach dem deutschen Recht ein An-

1) Hahn Bd. 4 S. 169.
2) Staub a. a. O. Anm. 113; Siegert a. a. O. S. 334.
3) a. a. O. S. 311, 337/38.

halten der Ware nicht notwendig ist wie nach dem engl. Recht, sondern das Verfolgungsrecht auch nach Beendigung des transitus fortbesteht, wenn die Konkurseröffnung erfolgt ist.

Es ist ferner streitig, ob das Verfolgungsrecht auch gegenüber dem Zurückbehaltungsberechtigten durchdringt. Da das Zurückbehaltungsrecht (§ 369 HGB) nur ein obligatorisches Recht ist, so ist es selbstverständlich, daß die Vertreter der Dinglichkeitstheorie[1]) die Frage bejahen. Aber auch von den Vertretern der obligatorischen Rechtsnatur wird die Frage bejaht[2]), scheinbar im Widerspruch mit ihrer grundsätzlichen Auffassung, wie von ihren Gegnern behauptet wird[3]). Diesem Ergebnis wird zugestimmt, denn das Zurückbehaltungsrecht setzt voraus, daß der Schuldner (Käufer) Eigentümer ist; dieser verliert jedoch sein Eigentum dadurch, daß der Konkursverwalter auf Grund des Verfolgungsrechts dem Verkäufer das Eigentum durch Einigung und Abtretung des Herausgabeanspruchs überträgt (§ 931 BGB). Gegen diesen Anspruch des Verkäufers steht dem Zurückbehaltungsberechtigten keine Einwendung zu (§ 369 II HGB), weil der Konkursverwalter kraft Gesetzes zur Abtretung des Anspruchs verpflichtet ist. Es wäre auch unbillig, dem Verkäufer das Verfolgungsrecht zu versagen gegenüber jemandem, der an der Ware wegen Forderungen, die mit der Besitzerlangung der Ware in keinem Zusammenhang stehen, ein Zurückbehaltungsrecht hat[4]).

---

1) Staub a. a. O. Anm. 113; Siegert a. a. O. S. 332 f.; so auch Pott S. 33; Petersen-Kleinfeller Anm. 23 zu § 44.

2) Jaeger Anm. 29 zu § 44; Düringer-Hachenburg Bd. III S. 232.

3) Siegert S. 333.

4) Im Ergebnis ebenso Martin Meyer S. 59, RG 8 S. 83 f., 32 . 20, 41 . 334.

C. Schluß.

Die Untersuchungen haben ergeben, daß die rechtliche Natur des Verfolgungsrechts der engl., franz. und deutschen Rechtsordnung eine verschiedene ist. Der Zweck der drei Rechte ist derselbe: dem unbezahlten Verkäufer an seinen bereits abgesandten Waren eine Sicherheit für seinen Kaufpreis zu geben. Der Schutz ist mit Rücksicht auf die Interessen des Handels begrenzt: am engsten in der englischen Rechtsordnung, da die Waren nur zurückgefordert werden können, solange sie sich unterwegs befinden, am weitesten in der französischen Rechtsordnung, da die Waren auch dann zurückgefordert werden können, wenn sie erst nach der Konkurseröffnug in die Warenlager des Käufers gekommen sind und die Konkurseröffnung auf den Zeitpunkt der Insolvenz des Gemeinschuldners zurückdatiert wird. Eine Mittelstellung nimmt das deutsche Verfolgungsrecht ein: es können zwar auch die Waren zurückgefordert werden, die erst nach der Konkurseröffnung in den Gewahrsam des Käufers gekommen sind, jedoch wird die Konkurseröffnung nicht zurückdatiert.

Die drei Rechte sind in ihrer rechtlichen Natur nicht miteinander zu vergleichen. Die engl. und franz. Rechtsordnung kennen nicht die scharfe Scheidung von obligatorischen und dinglichen Rechten. Im engl. Recht beruht das Verfolgungsrecht auf den Prinzipien über den Eigentumsübergang beim Kauf. Der Verkäufer behält ein Eigentumsrecht an der abgesandten Ware, solange er nicht bezahlt und die Ware nicht in den unmittelbaren Besitz des Käufers gekommen ist; deswegen kann er im Insolvenzfall die Ware anhalten und in seinen unmittelbaren Besitz zurücknehmen. Die franz. Rechtsordnung kennt mehrere Garantien des unbezahlen Verkäufers, um das strenge Prinzip des Eigentumsübergangs durch bloßen Schuldvertrag in seiner Wirkung abzuschwächen. Zu diesen Garantien gehören die revendication des art. 2102—4⁰ c. c.

und des art. 576 c. de com.; die erste, die dem Verkäufer nur im Vermögenszusammenbruch des Nichtkaufmanns zusteht, ist nichts anderes als die Zurückforderung des Zurückbehaltungsrechts; die zweite, die den Verkäufer im Konkurs eines Kaufmanns schützt, beruht auf dem allgemeinen Prinzip der Auflösung eines gegenseitigen Vertrages mit Rückwirkung, wenn eine Partei ihre Leistung nicht bewirkt. In der deutschen Rechtsordnnng wird der Schutz des unbezahlten Verkäufers auf andere Weise erreicht. Das deutsche Verfolgungsrecht ist kein dingliches Recht des Verkäufers, denn sobald dieser vorbehaltlos das Eigentum übertragen hat, bleibt ihm nur die Kaufpreisforderung. In der deutschen Rechtsordnung sind dingliche und obligatorische Rechte scharf geschieden. Es ist ein obligatorisches Recht und hat dieselbe Rechtsnatur wie das Anfechtungsrecht des Konkursverwalters. Beide dienen demselben Zweck, nämlich die als unbillig empfundenen Folgen von Rechtshandlungen und Rechtsgeschäften mit Bezug auf die Konkursmasse aus der Zeit kurz vor der Konkurseröffnung im Interesse der Gläubigerschaft oder einer Gläubigergruppe zu beseitigen. Die Anfechtung dient zur Vermehrung der Sollmasse, das Gegenstück dazu, das Verfolgungsrecht, dient zur Verminderung der Sollmasse.

Lebenslauf.

Am 27. Nov. 1902 wurde ich als Sohn des Gärtnereibesitzers Johannes Jakob Cornils und seiner Ehefrau Adolfine geb. Jürgensen zu Altona-Bahrenfeld geboren. Ich besuchte von 1909 bis 1916 die Mittelschule zu Altona, von 1916 bis 1922 die Oberrealschule zu Altona-Ottensen und bestand hier am 8. März 1922 die Reifeprüfung. Im Oktober 1922 wurde ich an der Hamburger Universität als Student der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät immatrikuliert. Aus pekuniären Gründen war ich gezwungen, während der ersten Semester als Werkstudent tätig zu sein. Ich war bei der Afrikafirma C. Woermann, Hamburg beschäftigt und bekam hier einen tiefen Einblick in das Wirtschaftsleben und besonders in den Überseehandel. Im Winter 1925/26 studierte ich in Marburg, im Sommer 1926 in Freiburg i. Br., vom Winter 1926 bis Weihnachten 1927 wiederum in Marburg. Am 6. August 1927 bestand ich in Kassel meine erste juristische Staatsprüfung, am 21. Dezember in Marburg die Doktorprüfung. Durch Schreiben des Herrn Oberlandesgerichtspräsidenten zu Kiel wurde ich am 12. Januar 1928 zum Referendar ernannt.

Meinen Marburger Lehrern sage ich an dieser Stelle für die mir zuteil gewordene juristische Ausbildung meinen herzlichsten Dank.